مجلة جيل

الأبحاث القانونية المعمقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche - www.jilrc.com

العام الخامس - العدد 37 - يناير 2020

مركز جيل البحث العلمي
www.jilrc.com
JiL Scientific Research Center




بسم الله الرحمن الرحيم



التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريًا عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: **"القانون العام والخاص"**، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دوريا في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريسا لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادّة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:

بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دوليا في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

<u>شروط النشر:</u>

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش آليا في نهاية كل صفحة وقائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

<u>نموذج التهميش:</u>

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
2. النصوص التشريعية :البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
5. التقارير الرسمية :جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
6. المراجع الالكترونية:

يوثق المرجع المنقول عن شبكة" الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملا مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .

7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com



الفهرس

الصفحة

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضله تتم الصالحات

تستهل مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة عامها الخامس بمجموعة مختارة من المقالات والأبحاث المتخصصة والتي عالجت مواضيع مرتبطة أساسا بدور وآلية عمل القضاء المحلي والدولي.

فلقد عالج المقال الأول مفهوم الاستقراء ودوره في تكوين وتأسيس القرائن القانونية والقواعد الكلية في العلوم المرتبطة بالقانون، ودوره كذلك في تفسيرها و وتطبيقها موضحا الفرق بين طبيعة القرائن القانونية, والقرائن القضائية .

فحين عالج أول بحث معمق لهذا العدد الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة في مجال تسوية الخلافات والفصل في المنازعات التي تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين من خلال إصدارها قرارات تحكيمية ذات طابع تنفيذي في وقت وجيز وقصير .

لينتقل بحث معمق آخر لمعالجة مبدأً من المبادئ الراسخة والمستقرة في القانون الدولي والمتمثل في مسؤولية الدول عن الأضرار البيئية الناتجة عن هوائها الملوث العابر للحدود، وسلطة الأجهزة القضائية الدولية في مثل هذا النوع من القضايا.

كما احتوى العدد على بحث معمق باللغة الفرنسية تناول الطبيعة القانونية للاختصاص القضائي الدولي في المسائل المهمة والتكييف الفقهي لها.

لنختم العدد بمقال باللغة الإنجليزية توسع في مفهوم النظام القانوني للتحكيم المؤسسي البحري، خصائصه والإشكالات التي يطرحها مقارنة بالتحكيم الحر.

نشكر الباحثين الذين أثروا هذا العدد بمساهماتهم القيمة كما نشكر أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية على ملاحظاتهم الدقيقة والتي زادت من نوعية المقالات والأبحاث المنشورة فيه.

والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالبي/ المشرفة العامة ومديرة التحرير



الاستقراء ودوره في تكوين القواعد العامة :

دراسة عن القواعد الكلية والقرائن القانونية

Induction and its role in the formation of general rules:

Study on legal maxims and legal presumptions

د. محمد المدني صالح الشريف، كلية الحقوق، جامعة ظفار.

Dr. Mohammed El Madani Salih Elshareef- College of Law - Dhofar University

Abstract

This research presented the method of extrapolation as a mental action, based on observation and tracing, and relied upon by the legislator in establishing legal evidence, as well as the judiciary to extract evidence from judgments and judgment on the facts in dispute, and has a significant role in the retention of the rules of the overall science related. In view of the importance of extrapolation in the field of law and its auxiliary sciences, I have studied the role of extrapolation in the field of legal evidence, and the general rules in science-related sciences that have paved the way for the definition of extrapolation, its types and arguments in determining judgments made by logicians and theologians, and the strength of the rules based on the significance of its general rule. After that, I dealt with the role of extrapolation in the formation and establishment of the general macro rules in linguistics, and the science of the principles of jurisprudence, and the science of the rules of jurisprudence, and science of intentions, as they important in enacting laws, interpreting them, and applying them to facts. I then worked on some of the legal rules derived from the evidence based on inductive consideration, mostly tracking the case, with a statement of the wisdom of its legislation, with reference to the difference between the nature of legal evidence, and judicial evidence. I have concluded the paper with a number of conclusions and recommendations.

Keywords: extrapolation, traceability, rule restriction, general macro-rules, legal evidence

ملخص

تعرض هذا البحث لمنهج الاستقراء باعتباره عملاً عقلياً, يقوم على الملاحظة والتتبع, ويعتمد عليه المشرع في تقعيد القرائن القانونية, كما يعتمد عليه القضاء في استخراج الأدلة من الأحكام والحكم على الوقائع محل النزاع, كما أَنَّ له دور كبير في تقعيد القواعد الكلية العامة في العلوم ذات الصلة الوثيقة بالقانون, ونظراً لأهمية الاستقراء في مجال القانون والعلوم المساعدة له, فقد اخترت أَن يكون موضوع بحثي عن دور الاستقراء في مجال سن القرائن القانونية, والقواعد الكلية في العلوم المرتبطة بالقانون وقد مهدت لذلك بتعريف الاستقراء, وبيان أَنواعه, ومدى حجيته في تقرير الأحكام العامة عند علماء المنطق وعلماء الأُصول, وقوة القواعد المبنية عليه من حيث دلالتها على حكمها العام, ثم تناولت دور الاستقراء في تكوين وتأسيس القواعد الكلية العامة في كل من علم اللغة, وعلم أُصول الفقه, وعلم قواعد الفقه الكلية, وعلم المقاصد, باعتبار أَنَّ لها صلة وثيقة بسن القوانين, وبتفسيرها, وتطبيقها على الوقائع, ثم عملت على ايراد بعض القواعد القانونية المستمدة من القرائن القائمة على النظر الاستقرائي, بتتبع الغالب من الأحوال, مع بيان الحكمة من تشريعها, مع الاشارة للفرق بين طبيعة القرائن القانونية, والقرائن القضائية وقد توصلت إلى عدد من النتائج والتوصيات, أشرت إليها في خاتمة البحث .

الكلمات المفتاحية : الاستقراء – التتبع - تقعيد القواعد -القواعد الكلية العامة – القرائن القانونية.

مقدمة

يعتبر الاستقراء من المباحث النظرية في علم المنطق باعتبار أَن موضوع علم المنطق هو الاستدلال بغرض وضع القواعد العلمية العامة التي تميز الصحيح من الفاسد, وقد وضع علماء المنطق لهذا العلم تعريفه وضوابطه كما وجد عناية فائقة من علماء العلوم النظرية والتجريبية, كما اهتم به علماء القانون, لكونه منهج علمي لتقرر القواعد العامة والمفاهيم الكلية الضابطة والمعيارية, ولذلك اعتمد عليه المشرع في سن القواعد القانونية, , كما اعتمد عليه القضاء في مسائل الاثبات بالقرائن, على أَنَّ دور الاستقراء لا يتوقف عند هذا الحد بل يتجاوزه إلى بعض العلوم التي لها ارتباط وثيق بالقانون, حيث اعتمد علماء اللغة في تقعيد القواعد اللغوية, كما اعتمد عليه علماء الأصول في بناء القواعد الأُصولية التي تعتبر طرقاً لاستنباط الأحكام من النصوص, شرعية كانت أَم قانونية, بجانب دوره الكبير في تكوين القواعد الفقهية الكلية التي يستهدي بها القضاء في تفسير وتطبيق القوانين, كما يعتبر الاستقراء منهجاً علمياً استخدمه العلماء للكشف عن مقاصد التشريع ومقاصد الشريعة, فقرروا بناءً عليه جملة من القواعد الكلية الضابطة للاجتهاد المقاصدي في الفقه والقضاء, ولهذه الأَهمية التي يشغلها الاستقراء في مجال القانون, وفي مجال العلوم ذات الصلة بالقانون, وقع اختياري لهذا

الموضوع لدراسته وكشف جوانبه وتحليل مفاهيمه وقد قمست مادته إلى مبحثين, تحدثت في الأول عن الاستقراء وانواعه وأهميته, بينما تناولت في الثاني دور الاستقراء في تكوين القواعد الكلية.

أهمية البحث .

يستمد هذا البحث أَهميته من كون الاستقراء أحد المناهج العلمية التي تؤسس عليها القواعد الكلية في الكثير من العلوم بما فيها تشريع القوانين, وكذلك القواعد العامة للعلوم المرتبطة بالقانون بصفة عامة.

مشكلة البحث .

الاستقراء عمل عقلي اجتهادي, عرضة للصواب والخطأ, لذلك يجب أَن تخضع القواعد المبنية عليه للدراسة والتحليل, وبالأخص تلك القواعد المتعلقة بالقانون لكونها تمثل معياراً لحكم العدل, أضف لذلك أَنَّ القضاء قد يقرر أَحكام اجتهادية مبنية على الاستقراء فيعمل المشرع على تقنينها, فليزم دراستها للتأكد من مدى صحتها وملائمتها.

أَهداف البحث .

يهدف هذا البحث لما يلي :

1/ توضيح دور الاستقراء في تقعيد القواعد الكلية العامة في العلوم التي لها صلة بالقانون, تشريعاً وتفسيراً وتطبيقاً.

2/ الكشف عن دور الاستقراء في تكوين القرائن القانونية, ومساهمة القضاء في ذلك عبر اجتهاداته التي يستوعبها المشرع في التشريع فتصبح قانوناً ملزما للمحاكم كافة .

3/ المساهمة في تكوين الملكة القانونية لطلاب كليات الحقوق, ليتمكنوا من ممارسة العمل القانوني مستقبلاً وفق أَصوله المرعية .

حدود البحث :

تنحصر حدود البحث في دراسة القرائن القانونية, والقواعد الكلية العامة, في علم اللغة, وعلم أُصول الفقه, وعلم المقاصد, وعلم قواعد الفقه الكلية .

منهجية البحث .

يتبع هذا البحث المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي بالإضافة إلى المنهج الاستنباطي, والمنهج المقارن .

خطة البحث .

تتكون خطة البحث, من مبحثين, تناولت في المبحث الأَول, التعرف الاستقراء, وتناولت في المبحث الثاني: دور الاستقراء في تكوين القواعد الكلية .

المبحث الأول

التعريف بالاستقراء, وأنواعه, وأَهميته

يتضمن هذا المبحث التعريف بالاستقراء في اللغة وفي الاصطلاح, متناولاً تعريف علماء الأصول وتعريف المناطقة للاستقراء, كما يتناول أنواع الاستقراء, ومدى قوة دلالته كل نوع منهما في تقرير الأحكام الكلية العامة.

المطلب الأول/ التعريف بالاستقراء لغة واصطلاحاً .

اولاً/ التعريف بالاستقراء في اللغة.

الاستقراء في اللغة يعني التتبع لمعرفة حالة الشيء المقصود, ويقال استقري هذه الأَرض قرية والاستقراء يعني التفحص والملاحظة, قال ابن منظور أنَّ معنى التتبع يقصد به الفحص والملاحظة لمعرفة خصائص الشيء, ولهذا يقال قرا الأرض قروا واقتراها وتقراها واستقراها يتتبعها أَرضاً أرضاً ينظر حالها "[1]" ويقال : " قروت الأرض سرت فيها , وهو أن تمر بالمكان ثم تجوزه إلى غيره , ثم إلى موضع آخر , وقروت بني فلان واقتريتهم واستقريتهم , مررت بهم واحداً واحداً[2]".

ثانياً/ تعريف الاستقراء في اصطلاح المناطقة وعلماء الأُصول .

هو "عبارة عن تصفح أُمور جزئية لتحكم بحكمها على أُمر يشمل تلك الجزئيات"[3]" أو تصفح جزئيات المعنى ليثبت في جهتها حكم عام "[4]" فالاستقراء يعنى تتبع مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن على أَمرُ كلي عام, أي تتبع معاني الجزئيات بغرض استخلاص معنى كلي, فهو على العكس من الاستنباط, لكونه انتقال من العام إلى الخاص, أو من الجزئيات إلى الكليات.

[1] / ابن منظور الأنصاري, محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين, لسان العرب, طبعة بيروت, دار صادر,1956م, ج 15, ص 175 - إبراهيم أنيس - عبد الحليم منتصر - عطية الصوالحي - محمد خلف الله أحمد, المعجم الوسيط, القاهرة, دار المعارف, 2004م, بدون رقم طبعة, ج 2, ص 371 – 372 .

[2]/ الزبيدي, محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى, تاج العروس من جواهر القاموس, دار الهداية, 1306هـ, ج 10, ص 290.

[3]/ الغزالي, محمد بن محمد, المستصفى, ج 1, ص 103.

[4]/ المرجع السابق, ج 1, ص 103.

المطلب الثاني/ أَنواع الاستقراء .

يذهب المناطقة وعلماء الأُصول إلى تقسيم الاستقراء إلى نوعين, هما :

أولاً/ الاستقراء التام .

عرف المناطقة الاستقراء التام بأنَّه : أن يُستدلّ بجميع الجزئيات ويُحكم على الكل"[1]" أما الأُصوليين فقد اختلفوا في تعريفه, حيث ذهب فريق منهم إلى تعريفه بما عرفه به المناطقة, كالاسنوي, والزركشي, حيث يشترط هؤلاء في الاستقراء التام أن يشمل جميع الجزئيات بما في ذلك محل الاستدلال "[2]" بينما ذهب آخرون منهم ابن السبكي وابن النجار إلى أَنَّ الاستقراء التام هو استقراء جميع الجزئيات باستثناء صورة النزاع التي تمثل محل الاستدلال "[3]" فالاستقراء يقوم على أساس تعداد الأفراد والحالات وفحصها, فإن كانت النتيجة المستدلة شاملة لكل الأَفراد والحالات كان الاستقراء كاملاً, وإن كان الفحص والتعداد مقتصراً على عدد أو أفراد محدودة كان الاستقراء ناقصاً "[4]" .

وحكم الاستقراء التام يفيد القطع بشرط أن يكون ثبوت الحكم للجزئيات محل الاستقراء قطعياً, وأَن يكون الاستقراء شاملاً لجميع الجزئيات بدرجة قطعية أَيضاً "5", وذلك بخلاف الاستقراء الناقص لكونه قد لا يشمل كل الجزئيات إذ من الممكن مخالفة بعض الجزئيات التي لم يشملها الاستقراء حكم الجزئيات التي شملها، وفي هذا يقول العطار في حاشيته على جمع الجوامع بأَنَّ "الاستقراء الناقص يدل على عدم وجود الزائد لا على امتناعه الذي هو المدعى"6", وقال البيضاوي بخصوص العمل بالاستقراء الناقص : "فما دام الاستقراء يفيد أَنَّ ظاهر الأمر على ما تحصل منه فإنَّ العمل به يكون لازماً"7", وهو ما ذهب إليه أَكثر علماء الأُصول " 8" .

---

[1]/ التهانوي، محمد علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مراجعة الدكتور رفيق العجم, بيروت, مكتبة لبنان ناشرون، 1996م, (ط 1) ج 1, 172.

[2]/ الغزالي، معيار العلم، مرجع سابق, ص151؛الأسنوي, شرح البدخشي مرجع سابق، ج 3, ص 180 – 181.- الزركشي، البحر المحيط، ج, 4, ص 321.

[3]/ السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، متن جمع الجوامع مع شرح الجلال المحلي وحاشية البناني,بيروت, دار الكتب العلمية, 1998م, (ط 1) ج 2, ص, 534 - ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد, الرياض, مكتبة العبيكان, 1993م, ج 4, ص 418 -419 .

[4]/ الصدر, محمد باقر, الأُسس المنطقية للاستقراء, بيروت, 1972 ص 14 .

[5]/ التهانوي، محمد علي, كشاف اصطلاحات الفنون، والعلوم, تحقيق رفيق العجم, علي دحروج, بيروت, مكتبة لبنان, ج 1, 172.

[6]/ العطار، حسن، حاشية العطار على جمع الجوامع, بيروت, مطبعة دار الكتب العلمية، (ط 1) 1999م, ج 2, ص 277. .

[7]/ / متن البيضاوي مع شرحي البدخشي والأسنوي، ج, 3, 180 -181.

[8]/ الغزالي، معيار العلم في فن المنطق، شرح أحمد شمس الدين, دار الكتب العلمية، بيروت, 1990م, (ط 1) ص 148.، 187.شرح الأسنوي مع شرح البدخشي، ج 3, ص 180 -181- الزركشي، البحر المحيط، ج 4, ص 321.

ثانياً/ الاستقراء الناقص .

لا يختلف تعريف الاستقراء الناقص عند المناطقة وعلماء الأُصول, فقد عرفَّه الإمام أبو حامد الغزالي بأنَّه : "أن تتصفح جزئيات كثيرة داخلة تحت معنى كلي، حتى إذا وجدت حكما في تلك الجزئيات حكم على ذلك الكلي به "[1]",وبنفس هذا المعنى قيل هو استدلال على حكم كلي من خلال تفحص معظم جزئيات ذلك الكلي "[2]"وعرفه البعض بأَنَّه : الاستدلال بثبوت الحكم في بعض الجزئيات على ثبوته لأمر يشملها, ثم اختلف علماء الأُصول عند تعريف الاستقراء الناقص هل يشترط شموله لأكثر الجزئيات أَم لبعضها فقط دون اشتراط أَن تكون هي الأكثر,"[3] " فقال بعضهم أنَّه يشمل أَكثر الجزئيات"[4]", بينما اكتفى البعض بمشوله للبعض"[5]", والاستقراء الناقص يفيد الظن لكون التقصي فيه يقتصر على معظم جزئياته, قال الجرجاني : "الاستقراء هو الحكم على كلي لوجوده في أَكثر جزئياته, وإنَّما قال في أَكثر جزئياته, لأَنَّ الحكم لو كان في جميع جزئياته لم يكن استقراءً بل قياس مقسم, وسُمي هذا استقراء, لأنَّ مقدماته لا تحصل إلا بتتبع الجزئيات"[6]" .

فالاستقراء المعمول به في تقرير القواعد الكلية هو الاستقراء الناقص وعلى الرغم من أنه ظني في دلالته إلا أنَّه يؤدي إلى نتائج تغلب عليها الصحة ولهذا أجاز العلماء العمل به لتعذر اليقين في أمور الحياة بصفة, ولهذا قال علماء الشريعة أَنَّ : (الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق7 أي أن الجانب المرجوح لا يكون له اعتبار لشدة ضعفه, (8) ومن ثم فإن الظن الغالب يقوم مقام اليقين (9) فيجوز أن تبنى عليه الأَحكام, لتعذر تحقق اليقين

---

[1]/ الغزالي، معيار العلم في فن المنطق، ص 151- انظر : الزركشي، بدرالدين محمد بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، ضبط محمد تامر, دار الكتب العلمية, بيروت,200م, (ط 1)ج 4, ص 321. - الأَسنوي، جمال الدين أَبو محمد عبد الرحمن بن الحسن بن علي, شرح الأَسنوي على منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي مطبوع مع شرح البدخشي, دار الكتب العلمية, بيروت, 1984م, (ط1)ج, ص 188.

[2]/ الجرجاني, علي بن محمد السيد الشريف, معجم التعريفات, تحقيق محمد صديق المنشاوي, دار الفضيلة, 1969 ص 18 .

[3]/ يعبّر المتكلمون عن الاستقراء بـ"السبر والتقسيم"، ويعبّر عنه الفقهاء بـ"إلحاق الفرد بالأغلب" راجع السبكي، متن جمع الجوامع مع شرح الجلال المحلي وحاشية البناني، (2/ 535) الزركشي، البحر المحيط، (321/4) .

[4]/ لزركشي، البحر المحيط، ج 4, ص 321 -ابن النجار، شرح الكوكب المنير، ج 4, ص 419_ السبكي، متن جمع الجوامع مع شرح الجلال المحلي وحاشية البناني، ج 2, ص 535.

[5]/ العبادي، أحمد بن قاسم، الآيات البينات على شرح جمع الجوامع، ضبط زكريا عميرات, بيروت, طبعة دار الكتب العلمية, 1996م, (ط1) ج4, ص 246 - الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق طه جابر العلواني, بيروت, لبنان, مؤسسة الرسالة،1992م, (ط2), ج6, ص 161 .

[6]/ الجرجاني, علي بن محمد السيد الشريف, ص 18 .

[7]/ ابن فرحون, ابراهيم بن نور الدين, تبصرة الحكام في أُصول الأَقضية ومناهج الأحكام (مطبوع على هامش فتح العلي المالك لأبي عبد الله عليش, القاهرة, مطبعة الحلبي, 1958م, (ط 2) ج, ص 129.

[8]/ حيدر, علي حيدر, درر الحكام شرح مجلة الأحكام, تعريب المحامي فهمي الحسيني, بيروت, بغداد, منشورات مكتبة النهضة . المادة (73) .

[9]/ العسكري, أبو هلال الحسن بن عبد الله, الفروق في اللغة, بيروت, دار الآفاق الجديدة, 1973م, (ط1) ص 79.

الذي قل ما يحصل عند النظر والاستدلال (1), ولأجل ذلك نص العلماء على قاعدة : " للأكثر حكم الكل" (2) ولذلك يلجأ المشرع في الكثير من الأحيان إلى وضع قواعد قانونية عامه بناءً على غالب الأحوال كما هو الحال في القرائن القانونية, ويبقى للجزئيات التي تتخلف عن الحكم العام حكمها حينما تحدث في الواقع ([3]) ولهذا قال الشاطبي : (والأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كلي[4]), ومما تقدم يتبين أن الاستقراء الناقص يصلح دليلاً على تقرير وتقعيد القواعد الكلية وذلك لعدم امكانية العمل بالاستقراء التام .

المبحث الثاني

دور الاستقراء في تكوين القواعد الكلية العامة

سأتناول في هذا المبحث, التعريف بالقاعدة الكلية, ثم أورد بعض القواعد العامة المبنية على الاستدلال عن طريق الاستقراء في كل من علم اللغة, والاصول, والمقاصد, والفقه, والقانون, وذلك على النحو التالي :-

المطلب الأَول / تعريف القاعدة في اللغة والاصطلاح .

أولاً تعريف القاعدة في اللغة .

القاعدة في اللغة القاعدة في اللغة الأساس، وجمعها قواعد، وأسس الشيء ما يمثل أصوله التي يقوم عليها، سواء أكانت قواعد حسية كقواعد البيت، أو قواعد معنوية كقواعد الدين "[5]" ورد في القرآن الكريم : "فأتى الله بنيانهم من القواعد" (26: النحل) ولهذا فإنَّ القاعدة هي ما يُبنى عليها غيرها .

ثانياً/ تعريف القواعد موضوع الدراسة في الاصطلاح .

يعرف علماء اللغة القاعدة اللغوية بأَنَّها : قانون لغوي دستوري عربي عام, وهي نتاج جماعي مشترك بين القادرين على الاستقراء, والاستنتاج, ثم التقنين والتقعيد"[6]", أما القاعدة الاصولية فهي : قاعدة كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها ، وهي ذريعة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية،

---

[1]/ الندوي, علي أَحمد, القواعد الفقهية, مفهومها, نشأتها, تطورها, دراسة مؤلفاتها, أدلتها, مهمتُها, تطبيقاتها, قدم لها العلامة الجليل, الفقيه, مصطفى الزرقاء, دمشق, دار القلم, 1991م, (ط2) ص 79.

[2]/ الكاساني, علاء الدين أبو بكر بن مسعود,بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, قدم له وخرج أحاديثه, أحمد مختار وعثمان القاهرة, مطبعة العاصمة,بدون تاريخ ورقم طبعة, ج 1, 714 .

[3]/ السبت, خالد, بن عثمان, قواعد التفسير, المملكة العربية السعودية,دار بن عفان للنشر والتوزيع, 1997 م, (ط1) ص 23.

[4]/ الشاطبي, أبو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي, الموافقات في أُصول الشريعة, تحقيق عبد الله دراز, عنى بطبعه وترقيمه ووضع تراجمه, محمد عبد الله دراز, بيروت دار الكتب العلمية, 1975م, (ط2), ج2 , ص 40

[5]/ ابن منظور, جمال الدين بن محمد بن مكرم, تم تهذيبه بعناية المكتب الثقافي لتحقيق الكتب, بيروت, لبنان, دار الكتب العلمية. 1993م, (ط 1) ج 2, ص, 400.

[6]/ مسعود, فوزي, سيبويه جامع النحو, القاهرة, الهيئة المصرية للكتاب, 1986م, (ط1), ص 25.

وموضوعها الدليل والحكم. وذلك مثل قاعدة الأمر يفيد الوجوب وقاعدة النهي يفيد التحريم"[1]" وقيل عن القاعدة الفقهية الكلية إنَّها : "الأمر الكلي الذي تنطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها[2]", وقال عنها الحموي : القاعدة حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها منه [3]"

أخيراً يمكن تعريف القاعدة القانونية من خلال تعريف الفقها للقانون, فقد عرفوه بأنَّه : مجموعة القواعد التي تهدف إلى إقامة النظام الاجتماعي عن طرق تنظيم العلاقات التي تقوم بين عضاء الجماعة تنظيماً عاماً, ويكفل المجتمع احترامها بالقوة عند الاقتضاء "[4]", وبمعنى أكثر شمولاً ودقة عرَّفت المحكمة العليا السودانية القاعدة القانونية بمناسبة نظرها في احدى القضايا بقولها : " المقصود من كلمة قانون ليس هو ما سنته السلطة التشريعية فحسب وإنَّما هو أيضاً القواعد المستفادة ضمنياً من نصوص القانون, أو روح التشريع وحكمته "[5]", ومن خصائص القاعدة القانونية أنَّها تفيد العموم والتجريد"[6]" .

المطلب الثاني/ الاستقراء وتكوين القواعد الكلية العامة .

يتناول هذا المطلب القواعد ذات الصلة بالنصوص بصفة عامة, شرعية, كانت أم قانونية, تكويناً, وتفسيراً, وتطبيقاً, وهي القواعد اللغوية, والاصولية, والمقاصدية, وقواعد الفقه الكلية, واخيراً القرائن القانونية .

أولاً/ الاستقراء والقواعد اللغوية.

تتبع واستقراء عرف العرب في كلامها أحد طرق اثبات قواعد اللغة العربية، كدلالة الأَمر والنهي وما يفيده كل منهما, ودلالة العام والخاص, والمطلق والمقيد, والحقيقة والمجاز, والصريح, والكناية, ودلالة الأَلفاظ على معانيها, كدلالة العبارة, ودلالة الإشارة, ودلالة الاقتضاء"[7]", ومثل كون الفاعل مرفوعاً والمفعول به منصوباً, واستدلال العلماء على أنَّ الأصل في مفردات اللغة أنَّها مفردة، ولا يحمل اللفظ على الاشتراك إلى بدليل، وهو حكم ثابت باستقراء مفردات اللغة العربية, واستدلالهم على أنَّ استعمال اللفظ بمفهومه المطلق يكون عادة في المعنى الحقيقي، بينما استعماله مقيداً يدل على أنَّ اللفظ مستعمل مجازاً لا حقيقة،, وحينما يتعارض المجاز والاشتراك في لفظ من الألفاظ يكون الأولى حمل اللفظ على المجاز لا على الاشتراك، لكون المجاز في لغة

---

[1]/ الندوي, علي أحمد القواعد الفقهية, ص 59 .

[2]/ تاج الدين السبكي, الأشباه والنظائر. تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض, بيروت, دار الكتب العلمية، 1421هـ، ص11-12- انظر للشيخ أحمد الزرقا, شرح القواعد الفقهية. تقديم مصطفى الزرقا وعبد الفتاح أبو غدة, مراجعة عبد الستار أبو غدة, دار الغرب الإسلامي ببيروت، 1983م، ص26-28.

[3]/ الحموي, غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، نشر دار الكتب العلمية، بيروت 1985م .

[4]/ زهرة, محمد المرسي, أبو زيد, محمد, المدخل لدراسة القانون وفقاً للقانون العماني, الامارات, دار الكتاب الجامعي, 2015, (ط 2) ص 19 .

[5]/ سابقة : عبد الرحيم محمد الأَمين " طاعن" ضد أحمد عبد الله محمد خير " المطعون ضده, بالرقم (م ع/ ط م/ 1995/ 1975), مجلة الأَحكام القضائية, لسنة 1975م, السلطة القضائية, المكتب الفني, الخرطوم, ص 250 .

[6]/ زهرة, محمد المرسي, وآخر, المدخل لدراسة القانون وفقاً للقانون العماني, ص 24 – 25 .

[7]/ شرح تأَصيل قانون أُصول الأَحكام القضائية, السوداني لسنة 1983م, السلطة القضائية, المكتب الفني, الخرطوم (ط 1) ص 37 .

العرب أكثر استعمالا من الاشتراك بدليل الاستقراء, ومنه أيضاً حصر أقسام المخصص في اثني عشر مخصصا[1]والاستدلال على أنَّ الاسم إذا كان لمشترك معنوي ينطبق على جميع الأفراد المشتركة فيه, كذلك الاستدلال على عموم اللفظ المشترك لجميع أفراده [2] وغير ذلك مما يدل على تكوين قواعد اللغة بالاستقراء.

ثانياً / الاستقراء والقواعد الأُصولية .

كان الاستقراء حاضراً بقوة عند الأصوليين منذ بدايات تدوين هذا العلم، فقد لعب دوراً مهماً في صياغة الكثير من القواعد الأصولية, مثل دلالة صيغة الأمر على الوجوب ودلالة صيغة النهي على التحريم، وصيغ العموم، وتفاصيل الاستثناء، وكذلك الأحكام اللغوية الكلية المتعلقة بالعموم والخصوص، والتباين والترادف، والحقيقة والمجاز، والظهور والنصوصية، والإشارة والعبارة "3" ومنها أَيضاً أنَّ صيغة الأَمر بعد الحظر تفيد الإباحة باستقراء استعمالات الشرع لها في نصوصه "4", واثبات أَنَّ الأُصول العامة للفقه قطعية وترجع إلى كليات الشريعة القطعية- على رأي بعض العلماء كالإمام الشاطبي والقاضي أبو بكر الباقلاني - وإثبات أنَّ طلب الشريعة للإتيان بالأمور التي توافق ما جبل عليه الانسان كالزواج مثلاً يأتي خفيفاً بصيغة الندب, بينما يكون الطلب شديداً في الامور التي تنفر منها النفس بطبيعتها ولا تتفق مع هواها كالقتال في سبيل الله, قال تعالى : (إلا تنفِرُوا يُعذبكم عذاباً أليماً ويستبدل قوماً غيرَكُم ولا تَضُروه شيئاً واللهُ على كُلِ شيءٍ قدير[5] ومنه أيضاً الاستدلال على أَنَّ الشارع الحكيم يقصد رفع الحرج عن العباد, واستدلالهم على إثبات صيغ العموم بالاستقراء المعنوي, والاستدلال على أنَّ ما ورد بالسنة يرجع في معناه إلى ما ورد في القرآن الكريم تفصيلاً وبياناً, واستدلالهم على انحصار محل النزاع بين المتناظرين في تحقيق المناط [6] .

ثالثاً / الاستقراء والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية .

المقاصد في اللغة جمع مقصد, والمقصد هو موضع القصد [7] أَمَّا في الاصطلاح فهي المعاني والأَهداف والحكم الملحوظة للشارع في تشريعه للأَحكام أَو معظمها أَو الأسرار التي أودعها تلك الأَحكام"8", وقد قسمها الاستاذ أحمد الريسوني إلى ثلاثة أقسام, القسم الأَول : المقاصد العامة, ويعنى بها الاهداف والغايات التي تعمل الشريعة

[1]/ الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق (1/ 410- 420 - 490- 516- 542 – 587- 588 – 592), (430/3) .

[2]/ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه، ج 1, ص 104 – 267 – 379 .

[3]/ الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق (9/1) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر, بيروت, دار الكتب العلمية, 1999م (ط1) ج 1, ص 188.

[4]/ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه، ج 1, ص 97.

[5]/ سورة التوبة, الآية : 39 .

[6]/ الشاطبي, الموافقات في أُصول الشريعة, (1/19- 25- 198) - (3/ 20 – 39 - 59 - 64- 72 - 79 – 88 - 99- 102- 112- 115 – 122 – 221- 267 – 271 – 304) - (2/ 227) - (4/10- 12- 247) - (2/4-5) .

[7]/ المعجم الوجيز, مجمع اللغة العربية.

[8] / بن عاشور, محمد الطاهر, مقاصد الشريعة للطاهر, المحقق محمد الحبيب بن خوجة, الدوحة, قطر, وزارة الأَوقاف والشؤون الإسلامية, 2004, (ط 1) ص 5



على تحقيقها في كل ابوابها, أو في كثير منها, والقسم الثاني, المقاصد الخاصة, وهي التي تتعلق بباب معين في الشريعة, أو في أبواب قليلة, كقصد الارع في احكام الاسرة وقصده في نظام التصرفات المالية, والقسم الثالث: المقاصد الجزئية, وهي المقاصد المتعلقة بالأحكام الشرعية كالإيجاب والتحريم والندب والكراهة والشرط والسبب([1]) ومن المقاصد العامة للشريعة الإسلامية التي أثبتها العلماء بالنظر الاستقرائي, أنَّ الشريعة إنَّما وضعت لحفظ الكليات الخمس, وهي الدين, والنفس, والعقل, والمال, والنسل, ومنها الارتقاء ببعض الأحكام الشرعية إلى مرتبة القطع وصيرورتها من المعلوم من الدين بالضرورة, ومنها الأُصول العامة للشريعة الإسلامية قطعية, ومنها إثبات أنَّ أحكام الشريعة جارية على مقتضى العقول السليمة ([2]) والاستدلال على ربط الأحكام الشرعية بالمصالح باستقراء عللها ([3]) واثبات أَنَّ مقاصد الشريعة لا تُبنى على الأَوهام والظنون والتخيلات, واثبات أَنَّ استخدام الحيل مفوت لمقاصد الأَحكام ([4]), وبصفة عامة فإنَّ الاستقراء ينقسم إلى نوعين, هما :

النوع الأول / استقراء الأحكام المعروفة عللها.

عرَّف الاستاذ فتحي الدريني التعليل بأنَّه : "تبيين أَو تفسير اجتهادي عقلي, يستخلص علَّة الحكم التي بُني عليها عليها[5]", كما عرَّفة شلبي بأَنَّه : " بيان العلل, وكيفية استخراجها[6]" وكلا التعريفين يتعلقان بالتعليل بمعناه الخاص, أَو الجزئي, أي بيان علل النصوص الشرعية, أما كون الشريعة الاسلامية, معللة بمصالح العباد في العاجل والآجل فهذا معنى التعليل العام"[7]", واستقراء الأحكام المعروفة عللها يرجع إلى استنباط علل كثيرة لأحكام مختلفة بمسالك العلة المعروفة عند علماء الأُصول, ثم استقراء تلك العلل وترتيبها وفق الحكمة المقصودة منها, فيحصل من كل مجموعة من العلل المتماثلة حكمة متحدة, تمثل المقصد الشرعي لجملة من الأَحكام, من ذلك مثلاً, علة النهي عن بيع المزابنة الثابت بمسلك الإيماء, في قوله صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن بيع التمر بالرطب: " أينقص الرُّطبُ إذا جف؟ قال : نعم, قال فلا إذن[8] ", وعلة النهي عن بيع الجزاف بالمكيل الثابت بطريق الاستنباط, وعلة اباحة القيام بالغبن, الثابت بمسلك النص, في قول الرسول عليه الصلاة

---

[1]/ الريسوني, نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي, نيو يورك, المعهد العالمي للفكر الإسلامي, 1995م, (ط 1) ص 18.

[2]/ الشاطبي, إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي أبو إسحاق الموافقات في أُصول الشريعة,ج, 1, ص 26- 31 – 53 – 54) – (2/ 4 – 5 – 227) .

[3]/ الزركشي, المرجع السابق (1879/4) .

[4]/ نعمان جغيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع, عمان, مطبعة دار النفائس للنشر والتوزيع, 2002م, (ط1), ص 303 – 311

[5]/ الديني, فتحي, بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله, بيروت, لبنان, مؤسسة الرسالة, 2008م, (ط 2) ج 1, ص 28. بيروت, دار النهضة, 1401ه, ص 12 .

[6]/ تعليل الأَحكام, محمد مصطفى شلبي, تعليل الأَحكام, بيروت, دار النهضة, 1401ه, ص 12 .

[7]/ الشاطبي, ابراهيم بن موسى, الموافقات, ج 2 ص199.

[8]/ أخرجه, الترمذي, محمد بن عيسى بن سورة الترمذي, سنن الترمذي, كتاب البيوع, رقم 1225,المحقق: محمد ناصر الدين الألباني - مشهور بن حسن آل سلمان, مكتبة المعارف للنشر والتوزيع, (ط 1) ج 3, ص 528 .

والسلام للذي يُخدع في البيوع : " إذا بايعت فقل لا خلابة[1]",فعلة النهي عن المزابنة هي الجهل بمقدار أَحد العوضين, وهو الرطب منهما واليابس, لكون تساوي العوضين شرط من شروط صحة البيع, وعلة النهي عن بيع الجزاف بالمكيل, هو الجهل بمقدار أحد العوضين, وعلة إباحة القيام بالغبن, هو نفى الخديعة بين الناس, وباستقراء مجموع هذه العلل الثلاث, تضح حكمة مشتركة ومتحدة, تتمثل في ابطال الغرر في المعاوضات, فيستخلص من ذلك حكم عام أَنَّ ابطال الغرر في المعاوضات مقصد شرعي"[2]" .

النوع الثاني / استقراء أَدلة أَحكام مشتركة في علة واحدة .

يقصد بذلك استقراء علل كثيرة لأَحكام متماثلة في علة واحدة, بحيث تكون هذه العلة هي مقصد الشارع يقيناً, من الأَمثلة على ذلك علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه, وهي طلب رواج الطعام في الاسواق, وعلة النهي عن بيع الطعام نسيئة, وهي أَلا يبقى في الذمة فيفوت رواجه, وعلة النهي عن الاحتكار, وهي منع اقلال الطعام في الاسواق, وباستقراء علل هذه الأَحكام يحصل للناظر علة مشتركة, وهي طلب رواج الطعام وتيسير تناوله, فيكون هذا هو المقصد الشرعي الكلي من شرعة هذه الأحكام"[3]" .

رابعاً / الاستقراء والأَحكام الفقهية .

تتوفر الكثير من الأحكام الفقهية التي أَثبتها فقهاء الشريعة الإسلامية عن طريق الاستقراء منها : إضافة الحكم الشرعي إلى الذوات تفيد عرفاً أَنَّ المراد المعنى المقصود منها، أي منع الفعل، ولذلك فإنَّ تحريم الحرير منصب على لبسه، وتحريم الخمر منصب على شربها، وتحريم الأمهات يعني حرمة الاستمتاع الجنسي بهن "[4]" اثبات أَنَّ الأَصل في العادات الالتفات إلى المعاني, وأَنَّ الأصل في العبادات التعبد, واثبات نفي حق العبد في إسقاط حقوق الله تعالى, وكون العادات الكلية التي أسست عليها حياة الإنسان لا تتبدل ولذلك فإنَّ الأحكام الشرعية المبنية عليها لا تتغير, وأَنَّ مورد التكليف هو العقل "[5]" وكذلك استخدم الفقهاء للاستقراء في بحث الكثير من القضايا الفقهية، فمثلاً نسب الزركشي إلى الامام الشافعي الاحتجاج بالاستقراء في مسائل كثيرة، منها الوقت الذي تبدأ فيه عادة الحيض، وأَقل مدته وأكثرها، وذكر أَنَّ أَصحاب المذهب جروا على هذا الطريق "[6]" .

---

[1]/ أَخرجه, البخاري, محمد بن اسماعيل, صحيح البخاري, كتاب البيوع, رقم 2011, اشرف على طباعته وتصنيفه العلامة محمد ذهني, سوريا, دار النوادر للطباعة والنشر والتوزيع, ج 2 4745.

[2]/ حامدي, عبد الكريم, ضوابط فهم النص, كتاب الأُمة, سلسلة دورية تصدر عن وزارة الشؤون الاسلامية, قطر, العدد 108, 1426, السنة الخامسة والعشرون, ص 182 – 183 .

[3]/ حامدي, ضوابط فهم النص, ص 184.

[4]/ المرجع نفسه, ج 1, ص 211 .

[5]/ الشاطبي, أبو اسحاق ابراهيم بن موسى, الموافقات في أُصول الشريعة, ج 3, ص 228 - 231 – ج 2, ص 232-226- 227- 258, بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر .

[6]/ الزركشي، البحر المحيط، ج 4, ص 331- 322 . .

خامساً / الاستقراء وقواعد الفقه الكلية .

من خلال كتابات العلماء الذين دونوا مراحل تطور الفقه الاسلامي, يتضح أنّ الكثير من القواعد الفقهية الكلية لم توضع جملة واحدة, بل تكونت وصيغت عباراتها بالتدريج مع مرور الزمن بالاجتهاد والاستنباط المبني على دلالات النصوص وعلل الأحكام"[1]", وسوف أورد هنا بعض القواعد التي ترجع إلى النظر الاستقرائي من خلال تضافر الأَدلة, وعلل الأحكام, التي استقى منها العلماء أَحكام كلية بناءً على الاستقراء .

القاعدة الاولى / الامور بمقاصدها.

تعتبر قاعدة الامور بمقاصدها من القواعد المأَخوذة من النصوص الشريعة المعللة"[2]", حيث لا حظ العلماء اهتمام الشارع الحكيم بالمقاصد والنيات في ترتيب الاحكام على الافعال والتصرفات, فتوخوا أَنَّ تصرفات الإنسان وأَعماله تختلف أحكامها والنتائج المترتبة عليها باختلاف نية الانسان"[3]" ولسعة مجال اعمال هذه القاعدة تتوفر لها الكثير من التطبيقات الفقهية والقضائية من خلال القواعد المتفرعة عنها, كقاعدة : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" وقد نص عليها المشرع السوداني في القانون المدني في المادة (5) ضمن قواعد أُخرى للاستهداء والاسترشاد[4]"", والذي أَراده الفقهاء من وضع هذه القاعدة, أَنَّ النتائج التي تترتب على أَقوال الشخص وأفعاله وتصرفاته تختلف باختلاف قصده منها "[5]", وقد تضافرت الادلة الشرعية لتأكيد معنى هذه القاعدة, منها قوله تعالى : " ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله وكان الله غفوراً رحيما" (100: النساء), ففي الآية توجيه إلى اخلاص النية, وفي هذا يقول الامام ابن جرير الطبري : " ومن يخرج مهاجراً لله, فقد استوجب ثواب هجرته في اخترام المنية اياه[6]" ومنها قوله تعالى: " لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم" (5: الاحزاب), قال ابن القيم : "من تدبر مصادر الشرع, تبين له أَنَّ الشارع ألغى الالفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها, بل جرت على غير قصد منه, ومن قواعد الشرع التي لا يجوز هدمها أو هدرها أَنَّ المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات, كما

---

[1]/ يرجع أَصل بعض القواعد للأحاديث النبوية كقاعدة : " لا ضرر ولا ضرار ", وقاعدة : " البينة على المدعي واليمين على من أَنكر" أنظر/ علي الندوي, القواعد الفقهية, قدم لها العلامة مصطفى الزرقا, دمشق, دار القلم, 1991م, (ط2) ص 240 .

[2]/ أصل هذه القاعدة قول الرسول صلي الله عليه وسلم : " إنَّما الأَعمال بالنيات, وإنَّما لكل إمري ما نوى, فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله, فهجرته إلى الله ورسوله, ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أَو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه" العسقلاني, شهاب الدين أم بن حجر, , فتح الباري, شرح صحيح البخاري, المحقق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز وآخرون, الرياض, المطبعة السلفية, (ط 1), 1378هـ, ج 1, ص 12.

[3]/ الندوي, علي أَحمد, القواعد الفقهية, ص 247.

[4]/ من المتفق عليه بين العلماء أَنَّ هذه القواعد لا يجوز الاستناد عليها في الفتوى أَو القضاء, لكونها جامعة للفروع الفقهية وحكمها أكثري لا كلي, أنظر : على حيدر, درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية, دار عالم الكتب, 2003م, ج 1, ص 10

[5]/ الندوي, على أحمد, ص 247 .

[6]/ الطبري, محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير بالإمام أبو جعفر, تفسير الطبري, مصر, مطبعة مصطفى البابي الحلبي, 1954م, (ط 2), ج 5, ص 238.



هي معتبرة في التقربات والعبادات ...ودلائل هذا تفوق الحصر"1", فاهتمام الشارع الحكيم بالمقاصد والنيات في ترتيب الأحكام على الأفعال والتصرفات تشهد له الكثير من الأدلة في غير موطن في القرآن الكريم وكذلك السنة المطهرة مما يؤكد الحكم العام لقاعدة : (الامور بمقاصدها) وهو حكم ثابت عن طريق الاستقراء الناقص لكون بعض الأفعال الضارة تترتب عليها المسؤولية بصرف النظر عن نية الشخص وارادته طالما تحقق الفعل المادي في الوجود كما هو الحال في الافعال الضارة المندرجة تحت المسؤولية التقصيرية .

القاعدة الثانية / العادة محكمة .

قال الامام القرطبي: " العرف والمعروف والعارفة : كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس"[2], فالعرف يعتمد عليه في الكثير من الأحكام الشريعة ويحيل إليه المشرع في الكثير من الحالات, خاصة في قانون المعاملات المدنية, ولهذا قرر العلماء هذه القاعدة التي يعمل بها في مجال القضاء والافتاء, بناءً على العديد من الادلة التي تشهد لها بالاعتبار كقوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" (233: البقرة), وقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أَيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مراتٍ من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم) (58: النور) ومن الأحاديث النبوية قوله عليه الصلاة والسلام : "الوزن وزن أهل مكة, والمكيال مكيال أهل المدينة"[3] ووجه الدلالة في الحديث أَنَّ أهل المدينة كانوا أهل زرع ونخيل فاعتبرت عادتهم في مقدار الكيل, بينما أَهل مكة أَهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن, فالحديث دليل في الاعتداد بالعرف الجاري في المعاملات بين الناس, وقد قال الامام العلائي أَنَّ كل شيء لم ينص عليه الشارع أَنَّه كيلي أو وزني تعتبر فيه عادة كل بلد على ما بينهم من العرف, لكون الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية"4", وكذلك حديث : "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسناً""5" وقد أَورد المشرع السوداني جملة من هذه القواعد في المادة "5" من القانون المدني السوداني لسنة 1984م لتسترشد بها المحاكم في تطبيق القانون, منها قاعدة " العادة محكمة" وقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وعلى ضوء هذه الأَدلة اهتدى العلماء إلى تقعيد هذه القاعدة محتكمين إليها في الكثير من المسائل"6", قال ابن

---

[1]/ ابن قيم الجوزية, محمد ابن ابي بكر, اعلام الموقعين عن رب العالمين, تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد, مصر, مطبعة السعادة, 1955م, (ط 1) ج 4, ص 95 – 96 .

[2]/ القرطبي, محمد بن أحمد الانصاري, تفسير القرطبي, الجامع لأحكام القرآن, القاهرة, مطبعة دار الكتب المصرية, 1936, (ط 2) ج 7, ص, 346.

[3]/ رواه أبو داود, مختصر سنن ابي داود للمنذري, بمعالم السنن للخطابي, تحقيق, محمد حامد الفقي, مطبعة السنة المحمدية, 1368ه, ج 5, ص, 12 – 13 .

[4]/ العيني, بدر الدين محمود ابن احمد, عمدة القاري شرح صحيح البخاري, بيروت, دار الفكر, ج 16, ص 101 .

[5]/ مسند الامام احمد بن حنبل, تعليق الشيخ أحمد شاكر, القاهرة, المطبعة الميمنية, 1313ه ج 5, ص, 211.

[6]/ الندوي, علي أحمد, القواعد الفقهية, ص 264 – 265 .

القيم : " ومن افتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وازمنتهم واحوالهم وقرائن أَحوالهم فقد ضل واضل...[1]) .

القاعدة الثانية / المشقة تجلب التيسير.

هذه القاعدة من أصول الشريعة الاسلامية المقطوع بها, وهي مشتركة بين علمي الاصول وقواعد الفقه الكلية, وترجع إلى رعاية المقاصد, وادلتها هي أَدلة المقاصد المتعلقة بتحقيق اليسر ودفع العسر, وحمل النَّاس على التوسط والاعتدال, وقد ذكر لها الفقهاء العديد من الفروع, منها جميع الرخص في أَبواب الشريعة, وفي معنى هذه القاعدة قول الفقهاء إذا ضاق الأَمر اتسع "[2]", وقد دلت على معناها العديد من النصوص الشرعية, منها قوله الله تعالى : "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر": (185 : البقرة) وقوله تعالى : "وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج " (78: الحج), فالله سبحانه وتعالى لا يريد بعباده الاعنات والمشقة في التكاليف[3]" روى أَبو هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله : " إن الدين يسر ولن يشاد الدين أَحد إلا غلبه, فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة"[4]", واستناداً على تضافر هذه الأَدلة أَيقن العلماء أَنَّها تتوخى رفع الحرج عن الناس, وانطلاقاً من ذلك قعد العلماء هذه القاعدة للعمل بها عند النوازل التي تقتضي التخفيف"[5]".

سادساً / الاستقراء وتكوين القرائن القانونية .

يسهم الاستقراء في انشاء وتكوين القرائن القانونية بالنظر إلى غالب الأَحوال, ذلك أَنَّ المشرع قد يلاحظ سلوكاً معيناً فيستخلص منه معنى يقرر بموجبه حكم عام, وقد عرَّف العلماء القرينة بأَنَها : (كل أَمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه, وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة"[6]", وعرَّفها الجرجاني بقوله : (القرينة في الاصطلاح أَمر يشير إلى الطلوب "7", وفي القرينة القانونية يتولى المشرع نفسه عملية استخراج الحكم العام, وتكون القرينة قضائية إذا تولى القاضي هذه المهمة"[8]", وقد حددها المشرع الأُردني في المادة "[40]" من القانون المدني بقوله : "القرينة التي ينص عليها القانون تغني من تقررت لمصلحته عن أية"[9]"وفي هذا يقول الامام ابن

---

[1]/ ابن القيم, اعلام الموقعين, ج 3, ص, 3 .

[2]/ الحسن, خليفة بابكر, فلسفة مقاصد التشريع في الفقه الإسلامي, القاهرة, مكتبة وهبة, 200م, (ط 1) ص 53 .

[3]/ رضا, السيد رشيد, تفسير المنار, القاهرة, مطبعة المنار, 1372هـ, (ط 3) ج 2, 164 .

[4]/ رواه البخاري, صحيح البخاري, (39) ج 1, ص 16 .

[5]/ الندوي, علي أَحمد, القواعد الفقهية, ص 266 .

[6]/ الزرقاء, مصطفى أحمد, المدخل الفقهي العام, الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد, دار الفكر 1968م, ج 2, ص 914.

[7]/ الجرجاني, السيد الشريف على بن محمد, التعريفات, طبعة مكتبة صبيح, القاهرة 1382هـ, ص 117 .

[8]/ الجعافرة, عماد زعل, القرائن في القانون المدني, الاردن, عمان, دار الثقافة للنشر والتوزيع, 2001م (ط 1) ص 33 .

[9]/ يشير هذا النص أنَّ القرينة تنقسم إلى قسمين : قرينة قطعية لا تقبل اثبات عكس ما تقضي به, وقرينة ظنية تقبل اثبات العكس.



القيم : " فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار مرتباً عليها الأحكام ..."[1] .

من خلال هذه التعاريف يتضح أنَّ وجود القرينة يستلزم وجود أمر ظاهر وثابت يمكن من خلاله الاستدلال على وجود أمور باطنة مما يعنى وجود علاقة وثيقة بين الأَمر الثابت والظاهر والقرينة التي أُخذت منه في عملية الاستنباط بطريق التأمل والتفكر الناشئ عن فرط الذهن وقوة القريحة, والصلة بين الأَمر الثابت والقرينة قد تتفاوت, فتكون القرينة قوية أَو ضعيفة, ولكن حتى يمكن الاعتداد بالقرينة لا بد أَن يكون استنباطها على أَساس قويم من العلم والمنطق السليم "[2] فالقرينة القانونية تعتبر تشريعاً ملزماً للقاضي ليس له سوى اعماله وتطبيقه على الوقائع التي ترد إليه ومن ثم فلا سلطان له في تقريرها أَو استخلاصها أَو تقدير حجيتها فتلك أُمور يقررها النص التشريعي"[3], وبهذا المعنى قضت المحكمة العليا في قضية تتعلق وقائعها بفسخ نكاح أَنَّ : " الدلالة التي تنطوي عليها القرينة القانونية يفرضها القانون وتخرج عن دائرة سلطة القاضي التقديرية فيتعين الأَخذ بها"[4], وذلك بخلاف القرينة القضائية فإنَّ للقاضي سلطة تقديرية في الأَخذ بها أَو ردها, ومن القرائن القضائية التي أَسست عليها المحكمة العليا السودانية حكمها ما قررته في قضية حكومة السودان ضد ابراهيم مصطفى محمد, من أَنَّ : " الشاهد مأمور بأَداء الشهادة فوراً لإقامة الحد أَو الستر على أَخيه المسلم, فإذا لم يشهد فور المعاينة حتى تقادم العهد, دل ذلك على اختياره جهة الستر, فإن شهد بعد ذلك دل على أَنَّ الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته"[5], وفي قضية أُخرى, قضت محكمة استئناف الخرطوم, بأَنَّه : "لا يُشترط لإثبات واقعة معينة عدداً معيناً من الشهود فقد تكفي شهادة شاهد واحد للإدانة وقد تأخذ المحكمة سلوك الشاهد كقرينة على صدقه"[6] .

بناءً على ما تقدم يتبين أَنّ النظر الاستقرائي يسهم في انشاء وتكوين القرائن القانونية, وسوف نورد هنا بعض هذه القواعد التي يرجع سنها وتقريرها للاستقراء من ذلك على سبيل المثال القاعدة رقم "91" من القانون المدني المصري التي تنص على : "أَنَّ وصول التعبير عن الارادة إلى من وجه إليه هذا التعبير يعتبر قرينة على علمه به" وقد قرر المشرع هذا الحكم نظراً لكون الأحكام القانونية تُبنى على مناطات ظاهرة ومنضبطة, والعلم بالقبول أَمر باطني لا يمكن التحقق منه لذلك جعل المشرع الاستلام مناطاً للحكم لأَنَّه أمر مادي يمكن التحقق منه,

---

[1]/ ابن القيم, الطرق الحكمية ص 12.

[2]/ قراعه, الشيخ علي, الاصول القضائية في المرافعات الشرعية, مطبعة الرغائب, دار المؤيد القاهرة, 1339هجرية ص 275 - الزرقاء, المدخل الفقهي العام, ج 2, ص 915 .

[3]/ شرفي, عبد الرحمن محمد عبد الرحمن, القرائن القضائية ضوابطها وحجيتها وأثرها في الإثبات, (دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة), ص73.

[4]/ سابقة: قرار بالنقض نمرة (1973/25) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1973م السلطة القضائية المكتب الفني الخرطوم, ص 26.

[5]/ سابقة حكومة السودان ضد ابراهيم مصطفى محمد, بالرقم (م ع/ ف ج/ 105/ 1987),مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1987م, السلطة القضائية, المكتب الفني, ص 151.

[6]/ سابقة : حكومة السودان " المستأنف" ضد محمد أحمد ديري "المستأنف ضده, بالنمرة (م أ/ أ ن ج/ 262/ 73) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1973م السلطة القضائية, المكتب الفني, ص 286 .

وبما أَنَّه لا يدل على العلم دلالة قطعية إلا أَنَّه في الغالب يدل على العلم به, فجعله المشرع قرينة على العلم وهي من القرائن القانونية القابلة لإثبات العكس, والقاعدة رقم (1/19) من القانون البينات الأُردني التي تنص على أَنَّ : التأشير على سند الدين بما يُستفاد منه براءة ذمة المدين يُعدُ حجة على الدائن طالما أَنَّ السند لم يخرج من حيازته قط, وذلك لكون المألوف عادة بين الناس في التعاملات أَنَّ الدائن لا يؤشر على السند بما يفيد براءة ذمة مدينه إلا بعد وفاء المدين بالدين"[1], كذلك يؤسس قانون المعاملات المدنية السوداني مسؤولية الرقيب على من هم في رقابته على خطأ مفترض من جانبه, مؤداه اهماله في الرقابة, حيث نصت المادة (1/145) على أَنَّ: " كل من يجب عليه قانوناً أَو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أَو بسبب حالته العقلية, أَو الجسمية, يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع, وذلك مالم يثبت بأَنَّه قام بواجب الرقابة, أَو أَنَّه كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية", وفي القواعد المنظمة للمسؤولية الناشئة عن الأَشياء, يفترض المشرع السوداني مسؤولية الحارس, فقد نصت المادة (1/141) على أَن : "يُعتبر حارساً للشيء من له بنفسه أَو بواسطة غيره سلطة فعلية عليه في رقابته والتصرف في أمره لحسابه الخاص ولو كان غير مميز, ويفترض أنَّ مالك الشيء هو حارسه, مالم يثبت أَنَّ الحراسة قد انتقلت إلى غيره", وقد قررت المحكمة السودانية العليا في سابقة سلوى حسن ابراهيم ضد حسن سعيد عرفة أَنَّ : " الحراسة القضائية تقوم دائماً على افتراض بأَنّ هناك خطر عاجل يهدد مصلحة ذوي الشأن ولا يدفعه إلا وضع المال تحت الحراسة وتوافر هذا الخطر شرط ضروري للحراسة ومستقلاً عن الأسباب الداعية للحراسة..[2] " .

بناءً على ما تقدم يكن القول أن المشرع قد يتوصل بالاستقراء إلى انشاء وتكوين القرائن القانونية بناء على العديد من العوامل كملاحظته للعرف السائد في المجتمع باعتباره اتجاهاً عاماً ومضطرداً فيقرر حكمه العام بناء على ذلك, فعلى سبيل المثال من المعروف أن الشخص لا يؤشر على سند الدين إلا أن يكون قد استوفى دينه من المدين في الغالب الأعم, كما قد يتوصل المشرع بالاستقراء إلى تقرير حكم معين عن طريق الظاهر كما هو الحال في اقتران الايجاب مع القبول لكون استلام الايجاب يشير بظاهره على علم الموجب به في الغالب الأعم, كما قد يؤسس المشرع تقريره للقاعدة القانونية عن طريق الاستقراء عن طريق الافتراض المبني على نظر يدعمه المنطق السليم كما هو الحال في المسؤولية المبنية على افتراض الاهمال القابل لإثبات العكس, لكون المنطق القانوني يلقي عبء اثبات نفي المسؤولية المترتبة على الفعل الضار على المدعى عليه لكون الغالب أنه فرط في والواجب القانوني الملقى على عاتقه .

من جهة أُخرى أنَّ سن القواعد القانونية المبنية على القرائن لا يختص به المشرع وحده فكثيراً ما يسهم القضاء في ابتداع أَحكام قضائية مبنية على القرائن, فيعمل المشرع لاحقاً على رفع هذه القرينة إلى مرتبة التشريع, من ذلك ما سار عليه القضاء في مصر من اعتبار بقاء العين في حيازة البائع مع اشتراطه على المشتري

[1]/ الجعافرة, عماد زعل, القرائن في القانون المدني, الاردن, ص 41 .

[2]/ سابقة بالرقم (م ع / ط م / 1974/35) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1974م السلطة القضائية المكتب الفني, الخرطوم, ص 111.



عدم التصرف فيها ما دام حياً قرينة على أنَّ التصرف وصية, وقد جعل منها المشرع قرينة قانونية بالنص عليها بالمادة "917" بقوله"[1]" : "إذا تصرف شخص لأَحد ورثته واحتفظ بأَي طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها, أَو بحقه في الانتفاع بها مدى حياته, اعتبر تصرفه مضافاً إلى ما بعد الموت, وتسري عليه أَحكام الوصية, مالم يقم دليل يخالف ذلك", ومن ذلك أَيضاً [2]"ما جرى عليه القضاء المصري في اعتبار الوفاء بقسط من الأُجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة في ظل القانون المدني القديم, ونتيجة لاطراد هذا القضاء قام المشرع برفع مستوى هذه القرينة إلى مرتبة التشريع بالنص عليها في المادة "587"

النتائج والتوصيات

في الختام, توصلت الدراسة لعدد من النتائج والتوصياتالتالية: -

أَولاً / النتائج .

1/ اعتمد المشرع على نظرية الاستقراء في انشاء وتكوين الكثير من القرائن القانونية, وهي قواعد قانونية ملزمة للقاضي ولهذا تختلف عن القرائن القضائية من حيث المصدر ومن حيث الأحكام المترتبة على كل منهما .

2/ يسهم القضاء في تكوين القرائن القانونية عبر اجتهاداته الهادفة إلى تقرير احكام عادلة بتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً, وقد يعمل المشرع في بعض الأَحيان إلى استيعاب هذه الأحكام القضائية في القانون .

3/ يجيز المشرع اثبات عكس ما تقضي به القرائن القانونية في بعض الأَحيان, ويمنع ذلك في أَحيان أُخرى, وذلك تبعاً لاطمئنانه لدرجة الرجحان التي بني عليها الحكم العام للقاعدة القانونية.

4/ كان الاستقراء حاضرا بقوة في تقعيد القواعد الكلية العامة في جميع العلوم التي لها صلة وثيقة بالقانون, تشريعاُ, وتفسيراً, وتطبيقاً من قبل القضاء, كعلم اللغة, وعلم الاصول.

5/ يقوم الاستقراء بدور كبير في سن التشريعات وفي تفسيرها وتطبيقها, والكشف عن مقاصدها الكلية والجزئية, وفي تقرير الأحكام القضائية من قبل السلطة القضائية, كما هو الحال في القرائن القانونية.

6/ لا ينحصر معنى القاعدة القانونية فيما سنته السلطة التشريعية فحسب, وانَّما تشمل بمعناها أَيضاً القواعد المستفادة ضمنياً من نصوص القانون, أَو روح التشريع وحكمته.

[1]/ فرج, توفيق حسن, قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية, الإسكندرية, مؤسسة الثقافة الجامعية, 1982,ص 123 .

[2]/ مطر, محمد يحي, الاثبات في المواد المدنية والتجارية, بيروت, الدار الجامعية, 1987م (ط1) ص 180.

ثانياً/ التوصيات :

1/ تضمين مناهج الكليات القانونية, العلوم ذات الصلة بسن القواعد القانونية, أو بتفسيرها, كقواعد اللغة المتعلقة بالعموم والخصوص, ودلالات الالفاظ, وطرق استنباط الأحكام من النصوص القانونية , بجانب علم قواعد الفقه الكلية وعلم المقاصد, وفلسفة القانون .

2/ الاهتمام بعلم المنطق وفلسفة القانون في المناهج الدراسية, لأثرهما البالغ في تكوين العقلية القانونية, القادرة على التعامل مع النصوص القانونية فهماً وتفسيراً وتطبيقاً.

3/ الاهتمام بالتدريب العملي للطلاب بجانب التدريس النظري, للتمرن على كيفية فهم الوقائع وتكييفها وتفسير القوانين وتطبيقها, بما يتفق مع الأهداف العامة والخاصة للتشريع .

المصادروالمراجع :

أولاً/ القرآن الكريم .

ثانياً/ كتب الحديث .

1/ **الترمذي**, محمد بن عيسى بن سورة الترمذي, سنن الترمذي, كتاب البيوع, المحقق: محمد ناصر الدين الألباني - مشهور بن حسن آل سلمان, مكتبة المعارف للنشر والتوزيع, (ط 1) .

2/ **البخاري**, محمد بن اسماعيل, صحيح البخاري, كتاب البيوع, , اشرف على طباعته وتصنيفه العلامة محمد ذهني, سوريا, دار النوادر للطباعة والنشر والتوزيع, ج 2 .

3/ **العسقلاني**, شهاب الدين أم بن حجر, , فتح الباري, شرح صحيح البخاري, المحقق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز وآخرون, الرياض, المطبعة السلفية, (ط 1), 1378هـ, ج 1.

4/ **ابن حنبل**, مسند الامام احمد بن حنبل, تعليق الشيخ أحمد شاكر, القاهرة, المطبعة الميمنية, 1313هـ ج 5.

5/ **العيني**, بدر الدين محمود ابن احمد, عمدة القاري شرح صحيح البخاري, بيروت, دار الفكر, ج 16.

6/ **أبي داود**, مختصر سنن ابي داود للمنذري, بمعالم السنن للخطابي, تحقيق, محمد حامد الفقي, مطبعة السنة المحمدية, 1368هـ, ج 5.

ثالثاً/ المعاجم اللغوية .

1/ **ابن منظور** الأنصاري, محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين, لسان العرب, طبعة بيروت, دار صادر,1956م .

2/ **إبراهيم أنيس** - عبد الحليم منتصر - عطية الصوالحي - محمد خلف الله أحمد, المعجم الوسيط, القاهرة, دار المعارف, 2004م, بدون رقم طبعة .

3// **الزبيدي**, محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى, تاج العروس من جواهر القاموس, دار الهداية, 1306ه.

4/ **التهانوي**، محمد علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مراجعة الدكتور رفيق العجم, بيروت, مكتبة لبنان ناشرون، 1996م .

5/ **الجرجاني**, علي بن محمد السيد الشريف, معجم التعريفات, تحقيق محمد صديق المنشاوي, دار الفضيلة, 1969 .

6/ المعجم الوجيز, مجمع اللغة العربية, الناشر: مجمع اللغة العربية, سنة النشر, 1989م .

رابعاً / كتب التفسير.

1/ **السبت**, خالد, بن عثمان, قواعد التفسير, المملكة العربية السعودية, دار بن عفان للنشر والتوزيع, 1997 م, (ط1) .

2/ **الطبري**, محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير بالإمام أبو جعفر, تفسير الطبري, مصر, مطبعة مصطفى البابي الحلبي, 1954م, (ط 2), ج 5 .

3/ **رضا**, السيد رشيد, تفسير المنار, القاهرة, مطبعة المنار, 1372ه, (ط 3) ج 2.

4/ **شلبي**, محمد مصطفى تعليل الأَحكام, تعليل الأَحكام, بيروت, دار النهضة, 1401ه .

5/ **القرطبي**, محمد بن أحمد الانصاري, تفسير القرطبي, الجامع لأحكام القرآن, القاهرة, مطبعة دار الكتب المصرية, 1936, (ط 2) ج 7.

خامساً / كتب أُصول الفقه .

1/ **الغزالي**, أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي, المستصفى, ج 1, تحقيق, محمد عبد السلام عبد الشافي, دار الكتب العلمية, 1993م .

2/ **السبكي**، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، متن جمع الجوامع مع شرح الجلال المحلي وحاشية البناني, بيروت, دار الكتب العلمية, 1998م.

3/ **ابن النجار**، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد, الرياض, مكتبة العبيكان, 1993م.

4/ العطار، حسن، حاشية العطار على جمع الجوامع, بيروت, مطبعة دار الكتب العلمية، (ط 1) 1999م .

5/ **الزركشي**، بدرالدين محمد بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، ضبط محمد تامر, دار الكتب العلمية, بيروت,200م, (ط 1) ج 4.

6/ **الأَسنوي**، جمال الدين أَبو محمد عبد الرحمن بن الحسن بن علي, شرح الأَسنوي على منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي مطبوع مع شرح البدخشي, دار الكتب العلمية, بيروت, 1984م, (ط1).

7/ **العبادي**، أحمد بن قاسم، الآيات البينات على شرح جمع الجوامع، ضبط زكريا عميرات, بيروت, طبعة دار الكتب العلمية, 1996م, (ط1) ج4 .

8/ **الرازي**، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق طه جابر العلواني, بيروت, لبنان, مؤسسة الرسالة،1992م, (ط2), ج6.

9/ **الشاطبي**, أبو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي, الموافقات في أُصول الشريعة, تحقيق عبد الله دراز, عنى بطبعه وترقيمه ووضع تراجمه, محمد عبد الله دراز, بيروت دار الكتب العلمية, 1975م, (ط2), ج2 .

10/ **ابن أمير الحاج**، التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر, بيروت, دار الكتب العلمية, 1999م (ط1) ج 1.

سادساً / كتب مقاصد الشريعة .

1/ **بن عاشور**, محمد الطاهر, مقاصد الشريعة للطاهر, المحقق محمد الحبيب بن خوجة, الدوحة, قطر, وزارة الأَوقاف والشؤون الإسلامية, 2004, (ط 1) .

2/ **الريسوني**, نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي, نيو يورك, المعهد العالمي للفكر الإسلامي, 1995م, (ط 1) .

3/ **نعمان** جغيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع, عمان, مطبعة دار النفائس للنشر والتوزيع, 2002م, (ط1).

4/ **الحسن**, خليفة بابكر, فلسفة مقاصد التشريع في الفقه الإسلامي, القاهرة, مكتبة وهبة, 200م, (ط 1) .

سابعاً / كتب الفروق اللغوية .

1/ العسكري, أبو هلال الحسن بن عبد الله, الفروق في اللغة, بيروت, دار الآفاق الجديدة, 1973م, (ط1) .

ثامناً / كتب الفقه .

1/ ابن قيم الجوزية, محمد ابن ابي بكر, اعلام الموقعين عن رب العالمين, تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد, مصر, مطبعة السعادة, 1955م, (ط 1) ج 4.

2/ **ابن فرحون**, ابراهيم بن نور الدين, تبصرة الحكام في أُصول الأَقضية ومناهج الأحكام (مطبوع على هامش فتح العلي المالك لأبي عبد الله عليش, القاهرة, مطبعة الحلبي, 1958م, (ط 2) .

3/ **الزرقاء,** مصطفى أحمد, المدخل الفقهي العام, الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد,دار الفكر 1968م, ج 2.

4/**الكاساني,** علاء الدين أبو بكر بن مسعود,بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, قدم له وخرج أحاديثه, أحمد مختار وعثمان القاهرة, مطبعة العاصمة,بدون تاريخ ورقم طبعة, ج 1.

5/ **ابن القيم**, محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله, الطرق الحكمية, المحقق: نايف بن أحمد الحمد, جدة مجمع الفقه الإسلامي 1428هـ.

6/ **الدريني,** فتحي, بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله, بيروت, لبنان, مؤسسة الرسالة, 2008م, (ط 2) .

تاسعاً / كتب قواعد الفقه الكلية .

1/ **الندوي**, علي أَحمد, القواعد الفقهية, مفهومها, نشأتها, تطورها, دراسة مؤلفاتها, أدلتها, مهمتُها, تطبيقاتها, قدم لها العلامة الجليل, الفقيه, مصطفى الزرقاء, دمشق, دار القلم, 1991م, (ط2) ص 79.

2/ **الزرقا,** الشيخ أحمد الزرقا, شرح القواعد الفقهية. تقديم مصطفى الزرقا وعبد الفتاح أبو غدة, مراجعة عبد الستار أبو غدة, دار الغرب الإسلامي ببيروت، 1983م .

3/ **السبكي,** تاج الدين السبكي, الأشباه والنظائر. تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض, بيروت, دار الكتب العلمية، 1421هـ .

4/ **الحموي**, غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، نشر دار الكتب العلمية، بيروت 1985م .

عاشراً / كتب المنطق كتب.

1/ الغزالي، معيار العلم في فن المنطق، شرح أحمد شمس الدين, دار الكتب العلمية، بيروت, 1990م, (ط 1)

2/ **الصدر**, محمد باقر, الأُسس المنطقية للاستقراء, بيروت, 1972 .

حادي عشر / كتب القانون .

1/ **قراعه**, الشيخ علي, الاصول القضائية في المرافعات الشرعية, مطبعة الرغائب, دار المؤيد القاهرة, 1339هجرية .

2/ **شرفي**, عبد الرحمن محمد عبد الرحمن, القرائن القضائية ضوابطها وحجيتها وأثرها في الإثبات, (دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة) .

3/ **توفيق**, حسن, قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية, الإسكندرية, مؤسسة الثقافة الجامعية, 1982م .

4/ **مطر**, محمد يحي, الاثبات في المواد المدنية والتجارية, بيروت, الدار الجامعية, 1987م (ط1) .

5/ **حيدر**, علي حيدر, درر الحكام شرح مجلة الأحكام, تعريب المحامي فهمي الحسيني, بيروت, بغداد, منشورات مكتبة النهضة . المادة (73) .

6/ **زهرة**, محمد المرسي, أبو زيد, محمد, المدخل لدراسة القانون وفقاً للقانون العماني, الامارات, دار الكتاب الجامعي, 2015, (ط 2) ص 19 .

7/ **السلطة القضائية**, شرح تأَصيل قانون أُصول الأَحكام القضائية, السوداني لسنة 1983م, السلطة القضائية, المكتب الفني, الخرطوم (ط 1) .

8/ **الجعافرة**, عماد زعل, القرائن في القانون المدني, الاردن, عمان, دار الثقافة للنشر والتوزيع, 2001م (ط 1).

ثاني عشر/ المجلات والدوريات .

1/ **حامدي**, عبد الكريم, ضوابط فهم النص, كتاب الأُمة, سلسلة دورية تصدر عن وزارة الشؤون الاسلامية, قطر, العدد 108, 1426, السنة الخامسة والعشرون.

ثالث عشر/ السوابق القضائية .

1/**سابقة**: قرار بالنقض نمرة (1973/25) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1973م السلطة القضائية المكتب الفني الخرطوم, ص 26.

2/ **سابقة** : حكومة السودان ضد ابراهيم مصطفى محمد, بالرقم (م ع/ ف ج/ 105/ 1987),مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1987م, السلطة القضائية, المكتب الفني, ص 151.

3/ **سابقة** : حكومة السودان " المستأنف" ضد محمد أحمد ديري "المستأنف ضده, بالنمرة (م أ/ أ ن ج/ 262/ 73) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1973م السلطة القضائية, المكتب الفني, ص 286.

4/ **سابقة** بالرقم (م ع / ط م / 1974/35) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1974م السلطة القضائية المكتب الفني, الخرطوم .

5/ **سابقة** : عبد الرحيم محمد الأَمين " طاعن" ضد أَحمد عبد الله محمد خير " المطعون ضده, بالرقم (م ع/ ط م/ 1995/ 1975), مجلة الأَحكام القضائية, لسنة 1975م, السلطة القضائية, المكتب الفني, الخرطوم, ص 250 .



الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة

Arbitration jurisdiction of independent administrative authorities

د. عماد صوالحية، جامعة العربي التبسي، الجزائر.

Imad Soualhia, University Larbi Tbessi, Algeria

Abstract:

The Algerian legislator gave the independent administrative authorities several powers that were originally authorized to the administration in its classical sense, but with the introduction of these powers and the expansion of their establishment transferred to the latter and comes at the head of the exercise of arbitration in order to settle the differences between Economic traders, as guaranteed by the latter to keep pace with developments in the economic field, it serves as a system for resolving disputes between different parties in a short and short time, but the practice of this jurisdiction is not broad but is limited by legal controls imposed by the legislator, as it does not grant this The competence of all independent administrative authorities, and its role in exercising this jurisdiction is limited to the adjudication of disputes that arise in the sector charged with controlling it between economic dealers and as such is not a party to the dispute but exercises the role of arbitrator, and separates the dispute that arises between the dealers economists, by issuing arbitral awards of an implementing nature.

Keywords: Independent administrative authorities, dispute, arbitration, administrative decisions, judiciary, agreement.



الملخص:

خول المشرع الجزائري السلطات الإدارية المستقلة عدة صلاحيات، كانت في الأصل مخولة للإدارة بمفهومها الكلاسيكي، لكن ومع إستحداث هذه السلطات والتوسع في إنشائها نقلها لهذه الأخيرة، ويأتي على رأسها صلاحيتها في ممارسة التحكيم من أجل تسوية الخلافات القائمة بين المتعاملين الاقتصاديين بما يضمنه هذا الأخير من سرعة في مسايرة التطورات الحاصلة في الميدان الاقتصادي، فهو بمثابة نظام لحل المنازعات بين الأطراف المختلفة خلال وقت وجيز وقصير، لكن ممارسة هذا الاختصاص ليست واسعة بل هي محددة بضوابط قانونية فرضها المشرع، إذ أنه لا يمنح هذا الاختصاص لجميع السلطات الإدارية المستقلة، ويقتصر دورها عند ممارستها لهذا الاختصاص على الفصل في المنازعات التي تثور في القطاع المكلفة بضبطه بين المتعاملين الاقتصاديين، وبهذه الصفة هي لا تكون طرفا في النزاع بل تمارس دور المحكم، و تفصل في المنازعة التي تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين، من خلال إصدارها قرارات تحكيمية ذات طابع تنفيذي.

الكلمات المفتاحية: السلطات الإدارية المستقلة، النزاع، التحكيم، القرارات الإدارية، القضاء، الاتفاق.

المقدمة:

من أسباب إستحداث السلطات الإدارية المستقلة هو تفعيل الحركة التنافسية بين المتعاملين الاقتصاديين وذلك قصد تحقيق منافسة عادلة بينهم، بغرض فتح بعض القطاعات للخواص، والدخول إلى السوق التنافسية بعدما كانت محتكرة من طرف الدولة، وكان ذلك نتيجة للتغيرات الطارئة على النمط الاقتصادي، فكان لزاما على الدولة التخلي عن فكرة التسيير الإداري المركزي الذي أثبت فشله، وتجسيد هذا من خلال تخويل المشرع للسلطات الإدارية المستقلة لعدة اختصاصات كانت منوطة سابقا بالإدارة التقليدية، فأجازت بعض النصوص القانونية المنشئة لتلك السلطات صلاحية إصدار القرارات التحكيمية من أجل تسوية الخلافات القائمة بين المتعاملين الاقتصاديين، حيث ان هذا الاختصاص كان في الأصل من اختصاص القضاء وحده، لكن وكنتيجة لعجز هذا الأخير عن مسايرة التطورات الحاصلة في الميدان الاقتصادي الذي يقتضي السرعة والتأقلم مع التطورات السريعة، تم تخويل بعض السلطات الإدارية المستقلة بممارسة التحكيم.

ويعتبر التحكيم من أهم الوسائل القانونية التي تمارسها السلطات الإدارية المستقلة، فهو بمثابة نظام لحل المنازعات بين الأطراف المختلفة، إذ بدأ التحكيم بمرحلة التحكيم الفردي الذي يقوم به فرد واحد قد يكون فقيها أو رجل دين ثم إنتقل إلى مرحلة التحكيم الجماعي الذي يقوم به مجموعة من المحكمين ويقوم على أساس المصالح خصوصا المالية التي تمثل تطورا جديدا للتحكيم، وأخيرا وبعد تشابك وتعدد المصالح خصوصا المالية منها، ظهرت الحاجة الماسة إلى منحه للسلطات الإدارية المستقلة، فالتحكيم الذي تمارسه هذه السلطات، يعني عرض خلاف معين بين المتنازعين على أعضاء السلطة الإدارية المستقلة وفق شروط يحددونها لتفصل تلك السلطة في ذلك النزاع بقرار يكون بعيدا عن التحيز لأي طرف، لكن ممارسة الاختصاص التحكيمي ليست واسعة، بل هي محددة بضوابط قانونية فرضها المشرع، إذ أنه لا يمنح هذا الاختصاص لجميع السلطات الإدارية المستقلة، فمثلا لم يمنح المشرع هذا الاختصاص لمجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية، في حين أنه منحه صراحة للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، ويقتصر دور السلطات الإدارية المستقلة عند ممارستها للاختصاص التحكيمي في الفصل في المنازعات التي تثور في القطاع المكلفة بضبطه بين المتعاملين الاقتصاديين وبهذه الصفة فهي لا تكون طرفا في النزاع بل تمارس دور المحكم، حيث تفصل في المنازعة التي تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين، من خلال إصدارها قرارات تحكيمية ذات طابع تنفيذي، مما قد ينشأ معها منازعات أخرى، بينها وبين الطرف الذي صدرت في حقه هذه القررات التحكيمية، ما يمنح له الحق في رفع دعوى الإلغاء ضدها أمام مجلس الدولة على إعتبار أن القرارات الفاصلة في المجال التحكيمي قرارات إدارية، وقد إستحدث المشرع على مستوى لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، غرفة تأديبية وتحكيمية مهمتها الفصل في النزاعات ذات الطبيعة التقنية عن طريق التحكيم، ويتولى المهمة التحكيمية كذلك على مستوى سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، مجلس السلطة، حيث حصر المشرع اختصاصه التحكيمي في المنازعات التي يكون موضوعها التوصيل البيني، الناتجة عن العلاقة التعاقدية للمتعاملين الاقتصاديين، وكذلك المنازعات المتعلقة بتقاسم منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية، وإستحدث المشرع كذلك ضمن لجنة ضبط الكهرباء وتوزيع الغاز، غرفة للتحكيم، تحكم في المنازعات بين المتعاملين في قطاع الكهرباء والغاز.

ويحقق الاختصاص بالتحكيم للسلطات الإدارية المستقلة، بإعتباره وسيلة بديلة لتسوية النزاعات عدة مزايا عملية، فمن جهة يساهم في توفير الوقت والجهد والنفقات على الأطراف المتنازعة بخلاف الهيئات القضائية التي تعاني من البطء وتعقيد الإجراءات وازدحامها بعدد كبير من القضايا، فهذه الوضعية لا تساعد مطلقا عى تطوير المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة وبالتالي لا تحتمل أي تأخير، ولهذا السبب عادة ما يحبذ المتعاملون الاقتصاديون اللجوء إلى الوسائل البديلة كالتحكيم لكونه يسد النقائص التي يعاني منها



القضاء، ومن جهة ثانية، فإن الأطراف المتنازعة عادة ما يرغبون في عرض نزاعهم على شخص أكثر دراية وإلمام بملابسات النزاع، فهم يحبذون القاضي المتخصص عندما يتعلق الأمر بموضوع تقني، وبالتالي فالتحكيم أمام سلطة إدارية مستقلة تكون أكثر إحاطة وإلمام بالقطاع الذي تتولى ضبطه من القاضي.

مشكلة الدراسة:

بما أن التحكيم من أهم الوسائل القانونية التي تمارسها السلطات الإدارية المستقلة، فهو بمثابة نظام لحل المنازعات بين الأطراف المختلفة، وهو مسار إستثنائي خاص عن المسار العام لحل المنازعات والمتمثل في القضاء، إذ يتيح إمكانية مباشرة الفصل في النزاع لسلطة إدارية مستقلة محددة بذاتها من طرف المشرع وفقا لقواعد قانونية وإجراءات عملية، بقصد ربح الوقت والتعجيل في فض النزاع، لذلك فمشكلة الدراسة تكمن في السؤال التالي: **ما هي الطبيعة القانونية لاختصاص السلطات الإدارية المستقلة بالتحكيم وما هي شروط ممارسته؟**

أهمية الدراسة:

إن هذه الدراسة جاءت نتيجة لبروز السلطات الإدارية المستقلة كظاهرة قانونية جديدة في القانون الجزائري ووسيلة لتفعيل العديد من الإصلاحات الاقتصادية والقانونية داخل المجتمع، فالموضوع هام في ذاته وطبيعته وهذا هو الدافع الأول لإعداد هذه الدراسة. أما الدافع الثاني فيكمن في أهمية الدور التحكيمي الذي تلعبه السلطات الإدارية المستقلة كهيئات مستحدثة في الدولة، لها حدود ومجالات واسعة تختلف وتتغير من زمن لآخر ومن مكان لآخر تبعاً لإختلاف الظروف التي تمر بها الدولة، ولذلك فهي بأمس الحاجة إلى ضبط علمي دقيق، خصوصاً في ظل غياب المعنى الدقيق لها في التشريع الجزائري الذي إكتفى بتناول أهداف السلطات الإدارية المستقلة بصفة غير محددة.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى ما يلي:

1- التوصل إلى الطبيعة التي يكتنفها الغموض واختلاف المفاهيم حول القرارت الحكيمة الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة، ويرجع ذلك إلى النتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها حكم التحكيم.
2- بيان مسألة احترام الضمانات الأساسية أثناء ممارسة السلطات الإدارية المستقلة للوظيفة التحكيمية.
3- إبراز الشروط الواجب توافرها في موضوع النزاع الذي تحكم فيه السلطة الإدارية المستقلة.



4- الإلمام كذلك بالشروط المتعلقة بأطراف هذا النزاع.

منهج الدراسة:

إتبعت في دراستي هذه للاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية التي أخذ بها المشرع الجزائري، والإستعانة بآراء الفقه والقضاء الإداري، وركزت تحديدا على ما وضعه المشرع الجزائري من قوانين وتنظيمات بهذا الخصوص، وتتبع تطورها عن طريق جمع المعلومات من الدراسات والأبحاث والكتب ذات العلاقة بالموضوع فالمنهج الوصفي قائم أساسا على التحليل والتفسير بشكل علمي منظم من أجل الوصول إلى غرض محدد.

هيكلة الدراسة:

تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لاختصاص السلطات الإدارية المستقلة بالتحكيم

المطلب الأول: اعتبار السلطات الإدارية المستقلة هيئات قضائية تصدر أحكاما قضائية

المطلب الثاني: اعتبار السلطات الإدارية المستقلة هيئات إدارية تصدر قرارات إدارية خاصة

المبحث الثاني: شروط ممارسة التحكيم

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بموضوع النزاع

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لاختصاص السلطات الإدارية المستقلة بالتحكيم

منح المشرع اختصاص الفصل في النزاعات لعدد محدود من السلطات الإدارية المستقلة والذي تجسد من خلال شكله الرئيسي والمتمثل في التحكيم، فالمشرع كرس الطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة، إلا أنه في المقابل مكنها من اختصاصات قضائية تتعلق بالتحكيم لفض النزاعات بين المتعاملين أو مع المستعملين وهو الاختصاص الذي تم الإعتراف به لكل من سلطة ضبط البريد والمواصلات، لجنة ضبط الغاز والكهرباء ولجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، ونص المشرع بالنسبة لبعض سلطات الضبط على إنشاء هيئات تحكيمية داخلية تتولى الفصل في النزاعات وتتخذ تشكيلة مغايرة للتشكيلة الأصلية لسلطة الضبط على غرار ما هو



عليه الحال بالنسبة لكل من الغرفة التأديبية والتحكيمية بلجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وغرفة التحكيم بلجنة ضبط الغاز والكهرباء.[1]

من خلال منح صلاحية التحكيم لهذه السلطات الإدارية المستقلة، يكون المشرع قد حول صلاحيات قضائية هي في الأصل من اختصاص القاضي في ظل إجراءات وضمانات معينة، إلى هذه السلطات، بحكم أنها سلطات ضابطة لقطاعات واسعة من النشاط الاقتصادي والمالي والإتصالات، لكن صلاحية التحكيم الممنوحة لهذه السلطات الإدارية المستقلة، قد منحت لها من طرف المشرع وليست ناتجة عن إتفاق اطراف النزاع، بمعنى أنه لا وجود لعقد ينظم هذا الإجراء، ولكنه سلطة تمارسها السلطات الإدارية المستقلة بواسطة القانون مباشرة، وتمارسها كذلك بموجب النصوص القانونية المنشئة لها، وأولى المشرع عناية واهتمام بصلاحية التحكيم الممارسة من قبل هذه السلطات، و أفرد لها العديد من النصوص القانونية التي تنظم إجراء هذا التحكيم وبين تشكيلة غرف التحكيم والإجراءات أمامها ولو في نصوص مستقلة كالتنظيم مثلا أو الأنظمة أو نظامها الداخلي.[2]

ومجالات التحكيم الذي تمارسه السلطات الإدارية المستقلة محصور في البورصة والأسواق المالية وقطاع الكهرباء والغاز وقطاع البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وكذلك النشاط السمعي البصري والتي منحها المشرع صراحة صلاحية ممارسة التحكيم،[3] ويرجع السبب في منح السلطات الإدارية المستقلة لصلاحية التحكيم للعديد من الإعتبارات، منها ما يتعلق بتراجع دور القاضي الإداري في الفصل في القضايا الاقتصادية نظرا لعدم تأهيل القاضي للنظر في مثل هذه القضايا وكذلك لطول وبطء الإجراءات وتعقيدها وطول المدة الزمنية للفصل فيها في مواجهة مسائل تتعلق بالإستثمار والإقتصاد الذي يقتضي السرعة والمرونة في الفصل، وهو ما يجعل من السلطات الإدارية المستقلة الأكثر كفاءة في الفصل في القضايا عن طريق التحكيم، ويرجع السبب كذلك لمواجهة قواعد عالية التقنية والتخصص تتعلق بمسائل ضبط القطاعات التي تتميز بالتغير والتطور لاعتبارات الملاءمة والتكيف مع واقع شديد التركيب، مما يحتم تدخل السلطات الإدارية المستقلة للفصل في النزاعات التي تثور بشأنها نظرا لقدرتها التقنية واختصاصاها في مثل تلك المسائل.

1 - وليد بوجملين، قانون الضبط الإقتصادي، دار بلقيس، الجزائر، 2015، ص ص:61-62.

2 - خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة سطيف 2، 2015، ص: 270.

3- ZOUAIMIA Rachid, L’autorité de régulation de l’audiovisuel, Revue Académique de la Recherche Juridique, vol. 17, n°1, 2018, P : 782.

تعتبر أهم ميزة للتحكيم وأهم عامل لتفضيله عن القضاء الذي يعاني من البطء، هي قلة الشكلية وسرعة الفصل في النزاع، حيث يتفادى أطراف العلاقات الخاصة من خلال التحكيم تعدد درجات التقاضي وإضاعة الوقت أمام المحاكم لفترات طويلة قد تصل إلى عدة شهور أحيانا، فمن خلال التحكيم يحصلون على عدالة خاصة سريعة قدر الإمكان،[1] فالتحكيم يقلل من النزاعات الواردة إلى القضاء ويحقق الفعالية في فض النزاعات نظرا للسرعة المطلوبة ونظرا لتحكم السلطات الإدارية المستقلة في المسائل الاقتصادية والمالية وغيرها في إطار القطاعات الواقعة تحت إشرافها من خلال التجربة المهمة التي تتمتع بها هذه السلطات وكذلك من خلال الخبرة التي تحوزها، بينما القاضي الذي يفصل في مثل هذه النزاعات يجد نفسه ملزما باحترام القواعد المفروضة في الاتفاقية المبرمة بين الأطراف ولا يملك السلطة التقديرية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة، بالإضافة إلى عنصر المرونة الذي يوفره الفصل في النزاع أمام هذه السلطات سواء من حيث القواعد أو الإجراءات مقارنة بالتطبيق الصارم من طرف القاضي للقانون، وكذلك لعدم تلاؤمها مع تكوين القضاة الذي يعنى أكثر بالنزاعات التقليدية.[2]

واقتصر المشرع منح صلاحية التحكيم في البداية على ثلاث سلطات إدارية مستقلة، حيث أنشأ أجهزة داخلية للتحكيم على مستوى لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة ولجنة ضبط الكهرباء والغاز، بينما منح سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية اختصاص التحكيم دون النص على إنشاء جهاز داخلي منفصل عنها للتحكيم، ومؤخرا وبصدور قانون السمعي البصري منح المشرع سلطة ضبط السمعي البصري صلاحية التحكيم، وسلك المشرع الجزائري بخصوص كيفية تنظيم وتشكيلة الغرف التحكيمية على مستوى لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة ولجنة ضبط الكهرباء والغاز مسلكين مختلفين، فالبنسبة للغرفة التأديبية والتحكيمية على مستوى لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها فقد حدد المشرع تشكيلتها بعضويين إثنين منتخبين من بين أعضاء اللجنة طوال مدة عهدتهم، وقاضيين إثنين معينين من طرف وزير العدل مختارين لكفاءتهما في المجالين الاقتصادي والمالي، ورئيس اللجنة رئيسا لهذه الغرفة،[3] أما بالنسبة للجنة ضبط الكهرباء والغاز فتتكون من ثلاثة أعضاء من بينهم الرئيس وثلاثة أعضاء إحتياطيين معينين من الوزير المكلف بالطاقة لمدة ست سنوات قابلة للتجديد وقاضيين إثنين يعينهما الوزير المكلف بالعدل،[4] والملاحظ هو

1- حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية – دراسة مقارنة – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2016، ص ص:80-81.

2- جميلة يا، سلطة ضبط السمعي البصري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص: 136.

3- المادة 51 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، الجريدة الرسمية، العدد 34 لسنة 1993.

4- المادة 134 من القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية، العدد 08 لسنة 2002.

الاختلاف والتباين بين أعضاء اللجنتين التحكيميتين، حيث أن أعضاء لجنة ضبط الكهرباء والغاز من خارج السلطة الإدارية المستقلة تماما وهذا في الحقيقة فيه ضمان للحياد الكلي على خلاف لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، حيث أن الرئيس والأعضاء من بين أعضاء اللجنة في حد ذاتها باستثناء القاضيين فهما يعينان من خارج اللجنة وهذا لا يشكل ضمانا لمبدأ الحياد فهو يبقى نسبيا،[1] أما بالنسبة لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية فقد منحها المشرع صلاحية التحكيم في المنازعات المتعلقة بالتوصيل البيني والتحكيم في النزاعات القائمة بين المتعاملين أو مع المستعملين،[2] ومنح سلطة ضبط السمعي البصري صلاحية التحكيم في النزاعات،[3] وتختلف مجالات الفصل في النزاعات بين هذه السلطات، فبالنسبة للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة يشمل اختصاصها الفصل في النزاعات بواسطة تحكيم النزاعات التقنية الناشئة عن تفسير وتنفيذ القوانين والتنظيمات التي تحكم سير البورصة، ولم ينص القانون على الإجراءات المتبعة في مجال التحكيم بل اكتفى فقط بتحديد للمتظلمين لدى اللجنة.[4]

أما بالنسبة للجنة ضبط الكهرباء والغاز فيشمل اختصاص الفصل في النزاعات عن طريق التحكيم[5] النزاعات الناشئة بين المتعاملين بناء على طلب احد الأطراف باستثناء الخلافات المتعلقة بالحقوق والواجبات التعاقدية ويتعلق الأمر بالنزاعات المتعلقة بدخول أو إستعمال الشبكات العمومية لنقل أو توزيع الكهرباء، منشآت نقل أو توزيع الغاز الطبيعي او منشآت التخزين للغاز الطبيعي، بالإضافة لاختصاص الفصل في مثل هذه النزاعات تختص الغرفة التحكيمية في حالتين، تتعلق الحالة الأولى برفض موزع الكهرباء أو الغاز بواسطة القنوات، لأسباب شرعية تقديم الكهرباء أو الغاز لطالبيه،[6] أما الحالة الثانية فتتعلق بعدم الاتفاق على التكاليف الباهضة الناتجة عن أشغال الترميم أو الهدم أو الزيادة في العلو أو الإحاطة أو البناء وغيرها،[7] ويحال النزاع بطلب من المتعامل أو صاحب الملكية لغرفة التحكيم، وفي إطار وظيفتها التحكيمية يمكن لهذه الأخيرة

---

1 - مخلوف باهية، الإختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة عبدالرحمان ميرة، بجاية، 2010،ص ص:15-19.

2- المادة 13 من القانون رقم 2000-03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 48 لسنة 2000.

3- المادة 54 من القانون رقم 04-14 المؤرخ في 24 فيفري 2014 المتعلق بنشاط السمعي البصري، الجريدة الرسمية، العدد 16، لسنة 2014.

4- المادة 52 والمادة 54 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المرجع نفسه.

5- عسالي عبد الكريم، لجنة ضبط قطاع الكهرباء والغاز، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2007، ص: 166.

6- المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 02-194 المؤرخ في 28 ماي 2002، والمتضمن دفتر الشروط المتعلق بشروط التموين بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية، العدد 39 لسنة 2002.

7- المادة 162 من قانون الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، مرجع سابق.

القيام بالتحقيقات اللازمة والاستعانة بخبراء وكذلك سماع الشهود والأطراف المعنية، ولضمان استمرارية سير الشبكات يمكنها اتخاذ تدابير تحفظية في حالة الاستعجال.

أما فيما يخص سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية،[1] فهي مختصة في حالتين فقط وهما الفصل في النزاعات المتعلقة بالتوصيل البيني والتحكيم في النزاعات بين المتعاملين أو المستعملين، وتتمحور هذه النزاعات في رفض التوصيل البيني أو فشل المفاوضات التجارية وعدم الاتفاق على نتيجة او تنفيذ اتفاقية التوصيل البيني أو إخلال أحد أطراف الاتفاقية بالشروط المالية أو التقنية، وكذلك النزاعات المتعلقة بتقاسم منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية أو النفاذ إلى شبكة المواصلات السلكية واللاسلكية،[2] وفيما يخص منازعات التوصيل البيني فالمشرع قد اتجه إلى منح اختصاص الفصل فيها لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية بناء على الخصوصية المتعلقة بالتوصيل البيني نظرا لاحتوائها على تقنية عالية لا يتوفر عليها القضاء، ومنح لها المشرع كذلك صلاحية التحكيم في المنازعات بين الأشخاص المعنوية التي تستغل خدمة اتصال سمعي بصري سواء فيما بينها أو مع المستعملين.[3]

وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أن الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة وسيلة بديلة لتسوية النزاعات بين المتعاملين الاقتصاديين بعيدا عن العدالة الرسمية، فأمام العجز والقصور الذي يعتري القضاء التقليدي كان لزاما على المشرع إيجاد أسلوب جديدي يتماشى مع التطورات التي يشهدها الحقل الاقتصادي، ويتميز التحكيم المسند لمختلف هذه السلطات عن ذلك المنظم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في العديد من الجوانب، فخصوصيته تبرز في عدم الأخذ بتقنيات التحكيم الكلاسيكي الذي تعد إرادة الأطراف أساس وجوده بينما التحكيم الممنوح للسلطة الضابطة قوامه هو إرادة المشرع.[4]

وعلى أساس ذلك احتلت طبيعة التحكيم الصادر عن السلطات الإدارية المستقلة حيزا لا بأس به من اهتمام الفقه وحاول العديد من الفقهاء التوصل إلى الطبيعة القانونية التي يكتنفها الغموض واختلاف المفاهيم ويرجع هذا الاختلاف إلى الأساس الإتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم والنتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم، أي حكم التحكيم.

1- المادة 13 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1421 الموافق 5 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والموصلات السلكية و اللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 48، لسنة 2000.

2- المادة 13 الفقرة 02 من القانون رقم 2000-03 المتعلق البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

3- المادة 54 من القانون المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

4 - مخلوف باهية، الإختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مرجع سابق، ص:118.

فالتحكيم الذي تمارسه السلطات الإدارية المستقلة يتكون من عمليتين، الأولى هي اتفاق يبرمه طرفا النزاع والثانية هي الحكم الصادر عن السلطة الإدارية المستقلة، فهذه التركيبة الوظيفية للتحكيم خلفت آراء متباينة حول طبيعته.[1]

ونحن بصدد دراسة هذه الطبيعة القانونية لوظيفية السلطات الإدارية المستقلة في التحكيم، يبقى السؤال المطروح على إعتبار أنها هيئات إدارية، فهل تتغير طبيعة هذه السلطات عندما تمارس اختصاصات تحكيمية وكيف يمكن تكييف القرارات الناتجة عنها عند تحكيمها في تلك النزاعات؟

وللإجابة على هذا التساؤل برز هناك اتجاهين، حيث اعتبر الاتجاه الأول أن هذه السلطات تتمتع بالطبيعة القضائية وبالتالي فقرراتها هي أحكام قضائية، واتجاه ثان، إعتبر أن السلطات الإدارية المستقلة تمارس وضيفة ضبطية وتعتبر قرراتها في مجال التحكيم، قرارات إدارية خاصة.

المطلب الأول: إعتبار السلطات الإدارية المستقلة هيئات قضائية تصدر أحكام قضائية

أخذت طبيعة التحكيم الذي تصدره السلطات الإدارية المستقلة حيزا لا بأس به من اهتمام الفقه، أساساه محاولة التوصل إلى الطبيعة التي تكتنفها الغموض واختلاف المفاهيم، ويرجع ذلك إلى النتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم أي حكم التحكيم، فالتحكيم كإجراء إختياري لفض النزاعات خارج المحاكم والهيئات الرسمية يلجأ إليه أطراف النزاع بعد الإتفاق فيما بينهم، ومنه فالمحكم يملك اختصاصه بناءا على إرادة الأطراف من خلال اتفاقهم[2] ذلك على اللجوء للمحكم في حالة النزاع وليس القاضي، وطبقا لذلك يجب إبرام اتفاقية مكتوبة طبقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[3] وعلى أساس ذلك فإن إتفاق التحكيم مقيد بشرط اتفاق أطراف النزاع، لكن بالنسبة للسلطات الإدارية المستقلة فإن التحكيم لا يحتاج إلى اتفاق لأن الاختصاص ممنوح لها بموجب النصوص القانونية المنشئة لها، وعلى أساس ذلك فالمشرع هو

---

1 - لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي – وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2012، ص: 18.

2- اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني مستقل، يتخذ شكل اتفاق مكتوب ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب النزاع، أنظر محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادي، 2008، ص: 93.

3- المادة 1007 والمادة 1011 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008.

أنظر كذلك عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2017، ص ص:170-183.

و لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الاجراءات الادارية – دراسة قانونية تفسيرية – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2017، ص ص:483- 490.



من منح هذا الاختصاص لها، وفي حقيقة الأمر هذه الوظيفة هي وظيفة قضائية تعود في الأصل للقضاء ومصطلح التحكيم جاء للدلالة على وظيفة الفصل في النزاع بصفة عامة بعيدا عن تقنية التحكيم بالمعنى الدقيق للمصطلح، حيث يطلق مصطلح التحكيم على العديد من الإجراءات التي تعد طرقا خاصة للفصل في النزاعات في غياب اتفاق واضح وصريح بين أطرافها.[1]

لكن البعض من الفقه لجأ إلى تشبيه التحكيم الذي تقوم به هذه السلطات بما تقوم به الهيئات القضائية الحقيقية، ويقوم هذا الرأي على أساس مستمد من أن أصل الوظيفة التي يقوم بها السلطة الإدارية المستقلة بصفتها محكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي وبالتالي فإن عملها يكون عملا قضائيان وبالتالي فقراراتها التحكيمية هي أحكام قضائية، فإذا كانت السلطات الإدارية المستقلة تقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القضاء، وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية ومن ثم فنظر النزاع أمامها يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي وينتهي بحكم مماثل لحكم القاضي، سواء فيما تعلق بالطعن فيه أو فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ.[2]

الملاحظ أنه هذا الإتجاه الفقي لجأ إلى تكييف السلطات الإدارية المستقلة بناءا على المعيار الوظيفي، على إعتبار أن الصفة القضائية تستخلص من الاختصاصات المادية وترتبط بالأهداف الوظيفية لهذه السلطات، فمن يحكم يجب أن يكيف كقاض،[3] ومن ناحية سير عملية التحكيم فالملاحظ أن التحكيم والقضاء يسيران في ركاب قواعد إجرائية تكون واحدة في جوهرها وإن اختلفت في مصادرها، فنجد قواعد تقديم الإدعاء وإعلان الخصومة وبدء الخصومة ووقفها، وانقطاعها وفحص أسس ومشروعية الإدعاء وفحص الأدلة واحترام ضمانات التقاضي كالمساواة بين الخصوم وحماية حقوق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة وضمان مبدأ الحياد وغيرها من الضمانات الأخرى، وهذا ما دفع البعض إلى التشكيك في الطبيعة الإدارية للسلطات الإدارية المستقلة لصالح تمتعها بالطبيعة القضائية وذلك كما قلنا بناء على العناصر المشتركة بينها وبين القضاء والمتعلقة أساسا بطريقة الإنشاء بنص تشريعي أو بالتشكيلة الجماعية لهذه السلطات على غرار الهيئات القضائية وكذلك لطغيان القواعد الإجرائية المطبقة أمام القضاء في النزاعات المعروضة أمام سلطات الضبط وإما بناءا على الصلاحيات التي تملكها هذه السلطات في فرض للعقوبات وإصدار للأوامر والفصل في النزاعات.

1- خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، مرجع سابق، ص: 279.

2 - لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي – وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة – مرجع سابق، ص: 21.

3 - Rachid Zouaimia, les instruments juridiques de la regulation economiques en Algérie, Edition BELKEISE, 2012. P : 129.



وحتى بالنسبة لنهاية التحكيم فتكون بصدور حكم تتوفر فيه سائر خصائص وسمات الأحكام القضائية من ناحية شكله وكتابته وتسبيبه وتوقيعه، ومن ناحية محتواه أي بيان عناصر الإدعاء والقواعد القانونية المطبقة،[1] وهو يحسم النزاع ويحول دون طرحه مجددا أمام القضاء، فهو يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي به ويكون واجب التنفيذ وفقا للقواعد المقررة قانونا.[2]

ويستنفذ المحكم ولايته بمجرد إصداره حكم التحكيم فلا يملك بعد ذلك أن يعدله أو يرجع فيه أو أن يصدر ما يخالفه،[3] وهذا هو جوهر الوظيفة القضائية للتحكيم، فخلاصة أنصار هذا الإتجاه أنهم نظروا إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه وأن التملص منه لا يجدي وأنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري وأن عمل المحكم ما هو إلا شكل من أشكال ممارسة العدالة التي تمارسها الدولة، فإذا رخصت للأطراف اللجوء للتحكيم فإن مهمة المحكم تنحصر في ممارسة وظيفة قضائية وبالتالي فعمل المحكم عمل قضائي لتوفر مقومات العمل القضائي وهي الإدعاء والمنازعة والشخص الذي يخوله القانون حسم النزاع، كما أن حكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا بالمعنى الدقيق من حيث الشكل والموضوع وبنفس إجراءات إصدار الأحكام القضائية ومن ناحية الموضوع فالمحكم غالبا ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويفصل في نزاع حقيقي بين الخصوم ويلتزم باحترام حقوق الدفاع،[4] فبالنسبة لحقوق الدفاع نجد البعض منها مكرس أمام لجنة ضبط الكهرباء والغاز بموجب القانون رقم 2002-01، كما رسمها أيضا القرار المتعلق بإجراءات تسوية النزاعات في حالة التوصيل البيني وفي حالة التحكيم أمام سلطة ضبط البريد والمواصلات، لكن على العكس من ذلك لا نجد لها أي أثر أمام غرفة التحكيم في مجال البورصة.

أما بخصوص مسألة احترام الضمانات الأساسية أثناء ممارسة السلطات الإدارية المستقلة للوظيفة التحكيمية، فهناك العديد من الفقهاء الذين أثاروا العلاقة بين هذه السلطات وفكرة المحاكمة العادلة من منطلق أن هذه السلطات استولت على اختصاص القاضي وهو ما يستوجب احترام الضمانات الإجرائية الأساسية أثناء ممارستها للتحكيم، فكما هو معروف فإن وظيفة التحكيم بين مختلف المتعاملين والمتعاقدين لا تتم دون ضابط أو قيد، ودون معقب، بل تخضع لرقابة القضاء، وهو ما يفسر بأن سلطة المحكم ليست

---

1 - محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص:236-245.

2 - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الاجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص ص:491- 493.

3 - إنتهاء مهام الهيئة التحكيمية بصدور الحكم التحكيمي يطرح إشكالين: الأول يتعلق بمدى إمكانية الهيئة التي أصدرت الحكم التحكيمي تفسيره أو تصحيحه؟ والإشكال الثاني يتعلق بمدى إمكانية الهيئة إعادة النظر في الحكم التحكيمي الذي يتعرض إلى البطلان من طرف الهيئات القضائية المختصة؟ فموقف المشرع الجزائر بخصوص هاتين النقطتين غير صريح ويكتنفه الغموض بهذا الشأن.

4 - لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي – وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة – مرجع سابق، ص: 23.



مطلقة، بل هي سلطة تقديرية تقوم طبقا لما يقدره المحكم لتحقيق المصلحة العامة، وهو ذات الأمر بالنسبة للسلطات الإدارية المستقلة، فبالنسبة لهذه الأخيرة فلا توجد إجراءات موحدة في مجال التحكيم الذي تمارسه، لكن هناك عدد من الخطوط العريضة والقواعد الرئيسية والتي تستخلص سواء من النصوص التشريعية أو النصوص المنشئة لها، أو من المبادئ العامة للقانون والتي أرساها القضاء الإداري والدستوري، والإجراءات في هذا المجال لها ذاتيتها الخاصة، حيث أن التحكيم يتم بإعتباره قرارات إدارية من جانب واحد لكن بصفة توافقية وإتفاقية، له ميزة الأسبقية وله طابع تنفيذي، بمعنى أنها يجب أن تنفذ من قبل المخاطب بها، دون أن تكون هناك حاجة للسلطة الإدارية المستقلة للجوء للقضاء، ويتعين تنفيذ حكم التحكيم بمجرد النطق به.

وبما أن وظيفة الضبط تقتضي ضمان المحافظة على التوازانات الأساسية في السوق بين الحقوق والحريات، فإنها تتطلب لأجل ذلك منح السلطات الإدارية المستقلة الضابطة للقطاعات المختلفة مجموعة من الصلاحيات المتعددة والمختلفة، والتي يأتي على رأسها، عملية التحقيق والبحث عن الأدلة والمعلومات والوقائع التي كانت سببا لنشوء النزاع،[1] لكن المشرع لم يمنح صلاحية التحكيم لجميع السلطات، إنما كان ذلك المنح بشكل تلقائي، ويبدو أن الإعتبار الأساسي في هذا التمييز لا يخرج عن الأهمية التي يحتلها القطاع ومجال النشاط، مثل الإتصالات البورصة والأسواق المالية، النقد والقرض والكهرباء والغاز، والمناجم، ولعل أهم المبررات التي جعلت المشرع يخول صلاحية التحكيم إلى هذه السلطات المستحدثة يتعلق بالبحث عن أفضل وأكثر الطرق فعالية لإتمام وظيفة رقابة النشاطات الاقتصادية في مختلف القطاعات والفصل في النزاعات في أسرع وقت.

المطلب الثاني: إعتبار السلطات الإدارية المستقلة هيئات إدارية تصدر قرارات إدارية خاصة

للسلطات الإدارية المستقلة المحكمة دور قضائي كونها تصدر حكما تراعي فيه مقتضيات العدالة ولكونها كذلك تتمتع بسلطة قضائية تمكنها من الفصل في النزاعات بحكم ملزم للأطراف،[2] وهو ما جعل بعض الفقهاء يقولون بطبيعتها القضائية وبإصباغ القرارات التحكيمية التي تصدرها بالصبغة القضائية وإعتبارها أحكاما قضائية، لكن الأستاذ رشيد زوايمية يرى أن هذه الخصوصية ترتبط بالوظيفة التنازعية التي تمارسها تلك السلطات في إطار مهامها الضبطية ولا ترقى لإعتبارها هيئات قضائية.[3]

1 - مخلوف باهية، الإختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مرجع سابق، ص:115.

2 - حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص: 99.

3 - Zouaimia Rachid, les autorités de régulation indépendantes face aux exigences des la gouvernance Edition BELKEISE, 2013, PP : 148-153



وأرجع الأستاذ رشيد زوايمية عدم قبوله لتكييف السلطات الإدارية المستقلة أثناء تحكيمها في النزاعات المختلفة بالهيئات القضائية نظرا لطبيعة القرارات التي تصدرها هذه السلطات والتي لا تتمتع بالقوة القانونية نفسها التي تتمتع بها الأحكام القضائية والتي تصدر دائما في ذات المجال التحكيمي، حيث أن الأحكام القضائية تكون حائزة لقوة الشيء المقضي فيه أما السلطات الإدارية المستقلة فقراراتها تنفيذية فقط وفي إطار إمتيازات السلطة العامة لا غير،[1] وكذلك ومن ناحية أخرى يرى الأستاذ زوايمية أن الاجراءات المتبعة من طرف السلطات الإدارية المستقلة هي من وضعتها سواء من خلال نظامها الداخلي أو من خلال التنظيم، فالمشرع لم ينص في قوانين إنشائها على تلك الإجراءات بل ترك لها هي المجال لوضعها، والعكس من ذلك نجده أمام القضاء حيث نجد أن المشرع تكفل بوضع النصوص القانونية والمتعلقة بإجراءات التقاضي، ويرى الأستاذ زوايمية كذلك أن سبب تبني الإتجاه الفقهي القائل بالطبيعة القضائية للسلطات الإدارية المستقلة في مجال التحكيم دائما قد خلط بين الوظيفة القضائية وبين الوظيفة التنازعية، حيث أن الوظيفة التنازعية يمكن أن تمارسها هيئات إدارية والعامل المشترك الوحيد بينهما هو موضوع النزاع حيث أن كلاهما يمكنه الفصل فيه،[2] وهو ما يؤكد أن إستعمال تسمية الاختصاص التحكيمي من قبل المشرع ليس لغاية سوى الدلالة على اختصاص السلطات الإدارية المستقلة بالفصل في بعض النزاعات المحددة قانونا وبالنتيجة فإن الاحتكام الى هذه السلطات لا يعني أن القضاء لم يعد له أي دور في تلك القطاعات، بل يظل حاضرا للفصل في النزاعات التي تخرج من دائرة اختصاص السلطات الإدارية المستقلة وكذلك من خلال فرض رقابته على القرارات الصادرة عنها عند إعمالها وممارستها للاختصاص التحكيمي.

واعتراف المشرع بسلطة التحكيم والفصل في النزاعات لبعض السلطات الإدارية المستقلة يعد مجرد أسلوب جديد لأداء الدولة للدور الاقتصادي المنوط بها في ظل سياسة التوجه الحر والذي يتمحور أساسا حول حماية المنافسة وترقيتها،[3] ففي ظل غياب نظام قانوني موحد لممارسة الاختصاص التحكيمي ومع التوسع كذلك في إنشاء السلطات الإدارية المستقلة في مجالات النشاط الاقتصادي والمالي، وتزويدها كذلك بسلطات عديدة أدى إلى خلق العديد من القواعد الجديدة والمتخصصة، والتي تختلف من سلطة لأخرى، حيث نجد أن الضمانات الأساسية المقررة للأفراد والمتعاملين والمتعاقدين المعمول بها أمام القضاء ليست معممة ومطبقة أمام كل السلطات، وقد يكون هذا القصور في تكريس الضمانات القانونية سببه المرونة والسرعة لضمان فعالية

---

1 - Zouaimia Rachid, les instruments juridiques de la régulation économiques en Algérie , Op. Cit, PP : 129-131.

2 - Zouaimia Rachid, les autorités de régulation indépendantes face aux exigences des la gouvernance, op.cit, PP : 148-153.

3 - مخلوف باهية، الإختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مرجع سابق، ص ص: 118-119.

الضبط الاقتصادي، لكن في الأساس هذه الظاهرة تمس بحقوق المعنيين بالتحكيم من طرف هذه السلطات المستحدثة، غير أن ممارسة هذه الاخيرة للوظيفة التحكيمية هي نوع من الحلول الأكثر موضوعية من غيره من الحلول الأخرى كالصلح، وطمأنة للأعوان الاقتصاديين بأنه توجد قواعد قانونية أخرى يمكن اللجوء إليها في تسوية النزاعات، وبالتالي فهذه السلطات تقوم بدور القضاء في فض النزاعات، إذ أن السلطات الإدارية المستقلة تستعمل دائما وكقاعدة عامة الأساليب والطرق الوقائية في القيام بأعمالها، فنجد أن القرارات الصادرة بالتحكيم تكون محاطة بجملة من الضمانات الوقائية، كما أن الطابع الإجرائي لها يعتبر في حد ذاته ضمانة أكيدة بالنسبة للمخاطبين به، فقد يشترط المشرع أو القانون المنشئ للسلطة الإدارية المستقلة، لصحة ممارسة الوظيفة التحكيمية، أخذ رأي جهة أو لجنة يحددها وكذلك إخطار صاحب الشأن، والهدف من كل ذلك هو إصدار قرار تحكيم ذو قيمية قانونية هامة بالنسبة لمختلف الأطراف الذين يطمئنون إلى القرار التحكيمي.[1]

و في الأخير ما يمكن استخلاصه هو أن الطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة هو ما يجعل قرارات التحكيمية عبارة عن قرارات إدارية ذات طابع خاص، فكما هو معروف فإن السلطات الإداري المستقلة لا تقوم بالإدارة المباشرة لمرفق من المرافق العامة ولكنها تقوم بوظائف خاصة، إذ تسهر على تطبق القانون في المجال الخاص المعهود إليها ضبطه، فالفقه الفرنسي، يرى أن هذه السلطات لا يمكن تصنيفها ضمن الهيئات الإدارية التقليدية، إلا أنها تشكل فئة جديدة ضمن الهيئات الإدارية، والأساس في ذلك هو طبيعة القرارات الصادرة عنها وكذلك اختصاص القضاء الإداري فيما يخص المنازعات المتعلقة بها، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي، الطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة، وذلك بالإعتماد على طرق الطعن في قراراتها و السلطات المخوّلة لها والمعترف بها أساسا للسلطات الإدارية التقليدية.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلقد نص صراحة على الطابع الإداري لبعض هيئات الضبط في النصوص المنشئة لها، كما هو الحال بالنسبة لمجلس المنافسة الذي كيفه الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة "بسلطة إدارية"،[3] وكذلك الأمر بالنسبة لسلطتي الضبط في المجال المنجمي، اللتين يكيفها المشرع بصريح العبارة بسلطة إدارية مستقلة.

1 - بن بخمة جمال، الاختصاص الاستشاري والتحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الثاني، جامعة جيجل، 2016، ص: 154.

2 - حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة-دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص ص: 66-67.

3 - المادة 13 من أمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 46 لسنة 2003.

المبحث الثاني: شروط ممارسة التحكيم

يشكل الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة الوسيلة المثلى لجعل القاعدة القانونية تتكيف مع التطورات التقنية التي تشهدها القطاعات الخاضعة للضبط من طرف السلطات الإدارية المستقلة، فهذه الأخيرة عندما تسعى إلى حل النزاع المعروض أمامها فإنها تضع نصب عينيها مسألة حماية جميع الحقوق والحريات للمتحاكمين، ومن أجل تحقيق هذه الغاية فإنها تقوم بكل ما هو ضروري ولازم لتتماشى مع الخصوصيات التي يتميز بها كل من القطاع المعني والنزاع المرفوع أمامها، وهذه المهمة يعجز القاضي عن القيام بها وذلك لعدة أسباب تتمثل في نقض الخبرة والدراية بالمسائل الاقتصادية التي تتسم بالطابع التقني وانحصار وظيفته في حسن تطبيق القانون دون الاهتمام بمسائل أخرى كحماية المنافسة وترقيتها مثلا.

وعلى هذا النحو فإن هذا الاختصاص يلعب دورا هاما في تكريس المنافسة الحرة وتشجيع المبادرة وبالتالي فهو يساهم في تحقيق الدور الاقتصادي الجديد للدولة، و هو ما جعل المشرع الجزائري يعمد إلى تقييد ممارسة الوظيفة التحكيمية التي تمارسها السلطات الإدارية المستقلة، كون ذلك التحكيم هو نتيجة لعدة إرادات اتجهت إلى عرض النزاع الثائر بينها لتفصل فيه السلطة الإدارية المستقلة دون عرضه على القضاء.

وكما هو معروف، فإن التحكيم هو قضاء خاص لكونه لا يدخل في تشكيله قضاة وينعدم نفوذ الدولة فيه رغم تطبيق قوانينها، فالمشرع الجزائري أعطى وسيلة أو اختصاص ممارسة التحكيم لأربعة سلطات إدارية مستقلة كما سبق تناوله والمتمثلة في لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وسلطة ضبط الكهرباء والغاز بواسطة القنوات، وسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وسلطة ضبط السمعي البصري، وقد عمل المشرع الجزائري من خلال الأحكام القانونية المنظمة للسلطات الإدارية المستقلة على وضع جملة من الشروط التي تنظم الوظيفة التحكيمية ومن هذه الشروط ما يتعلق بموضوع النزاع، ومنها ما يتعلق بأطراف النزاع، وقيد المشرع ممارسة السلطات الإدارية المستقلة لهذا الاختصاص بعدة شروط منها ما يتعلق بموضوع النزاع ومنها ما يتعلق بأطراف النزاع .

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بموضوع النزاع

يتميز التحكيم بانه نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف واختيارهم له طريقا لحسم منازعاتهم، فبإرادتهم يوجد التحكيم وبها ينقضي، فهم يملكون حرية وضع وبيان الإجراءات التي يتم وفقها، وقد اعترفت جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، فالمشرع الجزائري الذي يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم



التجاري الدولي، قد كرس حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم، ففي شأن التحكيم الداخلي أعطى المشرع الأطراف حرية إختيار القواعد الاجرائية التي يرونها مناسبة لتنظيم خصومتهم، حيث نصت المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"،[1] فالمشرع الجزائري أعطى الأولوية لاتفاق الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، أما في حالة تخلف اتفاق الأطراف عن تحديد هذا القانون فلم يعطي المشرع الجزائري للجهة المحكمة سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على الاجراءات وتصدى لهذا الفراغ الذي يخلفه غياب اتفاق الأطراف، حيث ألزم الجهة المحكمة بتطبيق قانون المرافعات الجزائري وذلك من خلال نصه في المادة السالفة الذكر على أنه تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، وبالتالي فالسلطة الإدارية المستقلة التي تمارس هذه الوظيفة التحكيمية تتقيد بهذا النص وتكون ملزمة بالأخذ به[2]

قيد المشرع الجزائري النطاق الوظيفي لممارسة المهمة التحكيمية باختلافه من سلطة إلى أخرى، وذلك بحصر مهمتها في حل النزاعات التي تنشأ في القطاع الذي تضبطه وفقا لما حدده المشرع في النصوص القانونية المنشئة لها، ولذلك نحاول فيما سيأتي تناول الشروط المتعلقة بكل سلطة منوطة بممارسة الوظيفة التحكيمية على حدى:

أولا: غرفة التأديب والتحكيم في مجال بورصة القيم المنقولة:

وبالرجوع للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة التي تأسست بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993،[3] الذي إعتبرها سلطة ضبط مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي تتولى تنظيم سوق القيم المنقولة وشفافيتها، وتمارس هذه اللجنة الاختصاص التحكيمي عن طريق غرفة التأديب والتحكيم،[4] حيث تنص المادة 51 من المرسوم المنشأ لها "تنشأ ضمن اللجنة، غرفة تأديبية وتحكيمية تتألف زيادة على رئيسها من:

- عضوين منتخبين من بين أعضاء اللجنة طوال مدة انتدابها.
- قاضيين يعينهما وزير العدل ويختاران لكفاءتهما في المجالين الاقتصادي والمالي.

1 - القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008.

2 - لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي – وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة – مرجع سابق، ص ص: 244-246.

3 - المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

4 - مبروك حسين، المدونة الجزائرية للبورصة، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص: 110.



- يتولى رئيس اللجنة رئاسة الغرفة".

قيد المشرع لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة بالنزاعات ذات الطابع التقني الناتجة عن تفسير القوانين واللوائح المنظمة لعمليات البورصة،[1] وهو ما يعني أن اللجنة لا يسمح لها بالتدخل في باقي المجالات وتتقيد فقط بالطابع التقني، حيث نصت المادة 52 من المرسوم 93-10 على" تكون الغرفة المذكورة أعلاه مختصة في المجال التحكيمي لدراسة أي نزاع تقني ناتج عن تفسير القوانين واللوائح السارية على سير البورصة".

من خلال نص المادة أكد المشرع صراحة على إلزام اللجنة بالتحكيم في المجال التقني لا غير ولا يجوز لها التحكيم في غيره تماما، وهو ما يعني أن النزاعات الأخرى يكون اختصاص النظر فيها للقضاء، ويشمل اختصاصها النزاعات القائمة بين الوسطاء في عمليات البورصة، وبين الوسطاء وشركة إدارة البورصة، وبين الوسطاء والشركات المصدرة للقيم المنقولة، وبين الوسطاء والآمرين بالسحب في البورصة.

أما بالنسبة لتركيبتها العضوية فإن المشرع يفصل بين تركيبة اللجنة وتركيبة الغرفة،[2] ولا ينص المشرع على الإجراءات المتبعة أمام الغرفة فيما يتعلق بوظيفتها التحكيمية، بل إكتفى فقط من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-10 بالنص على طرق الإخطار، مع العلم أنه لم يحيل إجراءات التحكيم للسلطة التنظيمية لتحديده، فالمشرع لم يبين لنا كيفية ممارسة هذا الاختصاص بأي نص قانوني سواء في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-10 أو حتى التعديلات التي لحقته.[3]

والمشرع كذلك أغفل طرق الطعن في حكم التحكيم الذي تصدره غرفة التأديب والتحكيم وبالتالي فإن المشرع لم يبين لنا من خلال النصوص القانونية كيفية إجراء التحكيم ولا كيفية تنفيذه وأيضا أغفل التطرق إلى إلزاميته، وقد يرجع سبب ذلك إلى نوع النزاع الذي تفصل فيه غرفة التأديب والتحكيم كما سبق تناوله إذ أن النزاع تقني بحت، حيث ينصب على الإختلاف في تفسير القوانين واللوائح فقط، ولكن وبالنظر لأهمية دور غرفة التأديب والتحكيم في فصل النزاعات دون اللجوء للقضاء، يجب الرجوع إلى القواعد العامة في التحكيم أي أنه في حالة غياب إجراءات تنظم التحكيم بعد نشأة النزاع يجب إبرام إتفاقية للتحكيم.

ومن خلال نص المادة 57 من المرسوم التسريعي 93-10 فإن غرفة التأديب والتحكيم تقضي بأنه " تعد قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي قابلة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة"،[4] لكن السؤال المطروح

---

1 - بن بخمة جمال، الإختصاص الإستشاري والتحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مرجع سابق، ص: 151.

2 - المادة 51 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

3 - مخلوف باهية، الإختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مرجع سابق، ص ص:14-17.

4 - مبروك حسين، المدونة الجزائرية للبورصة، مرجع سابق، ص: 111.

هنا، هل القرارات الصادرة بشأن تحكيمي هي الأخرى قابلة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة أم يتم الرجوع إلى القواعد العامة في التحكيم؟

من خلال دراستنا هذه للتحكيم في مجال البورصة توصلنا إلى أن هناك نقائص حالت دوت تجسيد الوظيفة التحكيمية لسلطات الضبط ميدانيا، وهذه النقائص تتمثل في عدم صدور نصوص تطبيقية تبين مختلف إجراءات ممارسة الاختصاص التحكيمي في هذا المجال على اعتبار أن المشرع ترك مسألة تنظيمه للسلطة التنفيذية، ولهذا السبب لم يسبق للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها المجسدة في غرفة التأديب والتحكيم أن فصلت في نزاع قام بين متعاملين في القطاع الذي تسهر على ضبطه.

ثانيا: غرفة التحكيم في مجال الكهرباء والغاز:

في مجال ضبط الكهرباء والغاز، أخذ المشرع بنفس الآلية عن طريق إنشاء غرفة التحكيم والتي تتولى الفصل في الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين في قطاع الكهرباء والغاز بناءا على طلب أحد الأطراف ويستثنى صراحة من مجال اختصاصها التحكيمية النزاعات المتعلقة بالحقوق والواجبات التعاقدية التي تبقى خاضعة للقضاء.[1]

وفصل المشرع بين تركيبة غرفة التحكيم العضوية وتركيبة اللجنة، حيث أن جميع أعضاء الغرفة من خارج أعضاء اللجنة ويعينهم الوزير المكلف بالطاقة نظرا لكفاءتهم، وهو ما يضمن الحياد في التحكيم، كما خرجت من نطاق اختصاص غرفة التحكيم كل الخلافات الناجمة عن تطبيق التنظيم لا سيما المتعلقة بإستخدام الشبكات والتعريفات ومكافأة المتعاملين بإعتبارها تخضع لإجراء المصالحة.[2]

فالملاحظ أن المشرع هنا قد بين وبدقة إجراءات التحكيم وتشكيلة غرفة التحكيم وألزامها بإتخاذ قرارها مبررا بعد الإستماع إلى الأطراف، ويمكن لها أن تقوم بكل التحريات بنفسها أو بواسطة غيرها كما يمكنها تعيين خبراء عند الحاجة وأن تستمع إلى الشهود وتنص المادة 136 من نفس القانون على "تحدد القواعد الإجرائية المطبقة أمام غرفة التحكيم عن طريق التنظيم" وتنص المادة 137 من نفس القانون " قرارات غرفة التحكيم غير قابلة للطعن فيها وبهذه الصفة فهي واجبة التنفيذ".[3]

1 - المادة 133 من القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، مرجع سابق.

2 - المادة 132 من القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع نفسه.

3 - المواد 136 و137 من القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء و الغاز بواسطة القنوات، مرجع سابق.

ومن ناحية أخرى ألم يكن من الواجب على المشرع الحذو بنفس الإجراءات التحكيمية مع غرفة التأديب والتحكيم وكان لزاما عليه تنظيم الإجراءات التحكيمية بصفتها وسيلة قانونية موكلة للسلطات الإدارية المستقلة بصفة أكثر وضوحا لأن الهدف الأساسي منها هو السرعة في معالجة النزاعات؟.

ثالثا: سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية:

اعترف المشرع لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية بممارسة التحكيم بحد ذاتها دون إنشاء غرفة للتحكيم كباقي السلطات،[1] ولإنعقاد الاختصاص التحكيمي لهذه السلطة، إشترط المشرع أن يكون موضوع التحكيم منصبا على النزاعات المتعلقة بالتوصيل البيني، وكل إخلال بإتفاقية التوصيل البيني سواءا تعلق الأمر بشروطها المالية أو التقنية، وكذلك النزاعات المتعلقة بتقاسم منشآت الإتصالات السلكية واللاسلكية.[2]

لقد أقر المشرع لكل متعامل جديد النفاذ إلى الشبكات العمومية وكل تصرف يصدر عن كل متعامل قوي يحول دون نفاذ أي متنافس إلى الشبكة أو يرفض طلب التوصيل بالشبكات العمومية يؤدي إلى نشوب نزاع بينهما والذي يستدعي بالضرورة تدخل سلطة الضبط لحل مثل هذه النزاعات طبقا لأحكام نص المادة الأولى من المقرر رقم الصادر بتاريخ 08 جويلية 2002،[3] والجدير بالذكر أن المشرع لم يوجد أي نص قانوني يلزم الأطراف المتنازعة في عرض نزاعهم على سلطة الضبط بإستثناء الحالة المتعلقة بالتوصيل البيني نظرا لجانبها ذي التقنية العالية، بمعنى للأطراف كامل الحرية في اختيار جهة الفصل سواء القاضي أو سلطة الضبط.[4]

وما لاحظناه بخصوص الوظيفة التحكيمية التي تمارسها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية أنها على العكس من لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها المجسدة في غرفة التأديب والتحكيم، قد تصدت للفراغ القائمة حول تنظيم الوظيفة التحكيمية عن طريق تنظيمها لكافة الاجراءات الواجب اتباعها سواء من الأطراف المحتكمة إليها أو من قبل السلطة التحكيمية نفسها من أجل تسوية النزاعات في حالة التوصيل البيني أو في حالة التحكيم، ولقد كان لها الفرصة في العديد من المناسبات لتسوية الخلافات من خلال

---

1 - المادة 13 من القانون رقم 2000-03 المتعلق بالقواعد العامة للبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية، مرجع سابق.

2 - Décision n n°33/sp/pc/arpt/05 du 28 aout 2005, Relative au litige concerna nt le paiement de soldes Des factures d'interconnexion On entre les operateurs Orascom Télécom Algérie et Algérie Télécom.

3- Décision n 3/sp/pc/2002 du 08/07/2002 relative aux procédures en cas de litige en matiere d'interconnexion et en cas d'arbitrage.

4 - مخلوف باهية، الإختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مرجع سابق، ص: 20.



إصدارها لقرارات ذات طابع إلزامي وبهذا تكون سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية قد ساهمت في تحقيق الهدف العام الذي أرساه القانون رقم 2000-03 والمتمثل أساسا في حماسة المنافسة وترقيتها في مجال البريد والمواصلات.

رابعا: سلطة ضبط السمعي البصري:

أسند المشرع الجزائري لسلطة ضبط السمعي البصري صلاحية التحكيم من خلال القانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري، حيث تمارس وظيفة التحكيم في النزاعات بين الأشخاص المعنويين الذين يستغلون خدمة اتصال سمعي بصري سواءا فيم بينهم أو مع المستعملين،[1] كما تمتد هذه الوظيفة إلى مجال الانترنيت كذلك وفقا لما تنص عليه المادة 56 من نفس القانون، والمشرع منح صلاحية التحكيم لسلطة ضبط السمعي البصري كسلطة ولم يمنحها صلاحية إنشاء غرفة للتحكيم كباقي السلطات الأخرى، كما قيد هذه السلطة بالنزاعات المتعلقة فقط بخدمة السمعي البصري وكذلك خدمة الأنترنيت، وتضم خدمة السمعي البصري بصفة عامة كل من: الاتصالات، الاتصال السمعي البصري، عمل السمعي البصري، خدمة البث التلفزيوني أو القنوات، خدمة البث الإذاعي وقناة الخدمة العمومية للسمعي البصري، القنوات العامة، القنوات المشفرة، قناة موضوعاتية أو خدمة موضوعاتية، خدمة اتصالات راديوية، الخدمة الإذاعية، اتصال موجه للجمهور بوسيلة الكترونية، ناشر سمعي بصري، دمج القنوات، الاستماع العلني، تخصيص تردد الراديو أو قناة راديوية، توزيع نطاق الترددات، الموجات الراديوية أو الموجات الهرتزية، نظام نهائي للبث، الخدمة الإذاعية، موزع المحتوى، إظهار المنتوج، إشهار خدمات الوسائل السمعية البصرية حسب الطلب، اقتناء عبر التلفزيون،[2] والملاحظ من خلال ما تضمه خدمة السمعي البصري أنها ذات تقنية عالية ولذلك أعطى المشرع لها الاختصاص بالتحكيم لكونها الأقدر والأكفء على الفصل في المنازعات التي تثور في هذه المجال التقني، وهذه السلطة تقوم بالتحكيم كطريقة بديلة للتسوية، وفي هذا الصدد يرى الاستاذ زوايمية أن المشرع بحاجة لضبط الوظيفة التحكيمية التي تمارسها هذه السلطة تجعلها تبدو كقاضي مدني.[3]

---

1 - المادة 55 من القانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

2 - المادة 07 من القانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري، المرجع نفسه.

3 - ZOUAIMIA Rachid, L'autorité de régulation de l'audiovisuel, Revue Académique de la Recherche Juridique, vol. 17, n°1, 2018. C'est le législateur qui confère à de telles autorités le pouvoir de régler les différends entre opérateurs et ce, en l'absence de toute manifestation de la volonté des parties. A ce titre, c'est par excès de langage que le législateur fait référence aux fonctions arbitrales dévolues à l'Autorité de régulation de l'audiovisuel. Il s'agit en réalité de fonctions contentieuses qui apparentent le régulateur « à un juge civil».

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع

يكتسب التحكيم اهمية خاصة، فقد أصبح موازيا لقضاء الدولة، بإعتباره طريقا لفض المنازعات بقرار ملزم لأطرافها، ناهيك عن الاعتبارات العملية التي تدعو دائما إلى اللجوء إلى التحكيم لطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم بدلا من طرحها على القضاء، إما للإستفادة من خبرتهم الفنية وإما لتجنب طول الاجراءات القضائية وتعقيدها ولرغبتهم في حسم النزاع بسرعة بعيدا عن بطء الإجراءات القضائية أو طبقا لمبادئ وقواعد أكثر مرونة من تلك التي يتضمنها قانون الدولة، فلتحكيم مزايا عديدة وهو ما يفسر الإقبال المتزايد عليه ورجحان كفته على القضاء وليس في هذا انتقاص من قيمة القضاء، لكن الاختلاف الوحيد بينهما هو أن المشرع بالنسبة للقضاء جعل التحكيم مفتوحا وغير مقيد ولم يضع أي شروك تقيد أطراف النزاع، على العكس من السلطات الإدارية المستقلة التي قيدها المشرع بالمجال التقني و حدد كذلك صفة الأطراف الذين تحكم بينهم في النزاعات المعروضة أمامها، إذ عمد المشرع إلى حصر دائرة الأشخاص الذين تتدخل ضمنهم كل من لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وسلطة ضبط الكهرباء والغاز بواسطة القنوات، وسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وسلطة ضبط السمعي البصري، كل حسب اختصاصها لفض النزاعات عن طريق التحكيم، وهذه الفئات من الأشخاص محددين قانونا من خلال النصوص المنشئة لتلك السلطات.

أولا: غرفة التأديب والتحكيم للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها:

حيث تتدخل غرفة التأديب والتحكيم ضمن دائرة أطراف محددة ودون ذلك تكون غير مختصة، فلكي ينعقد اختصاص الغرفة في المجال التحكيمي لابد ان يكون تحكيم هذه الغرفة في النزاعات الناشئة بين أطراف محددين قانونا،[1] حيث تنص المادة 52 من المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، صراحة على أن غرفة التأديب والتحكيم تتدخل فيما يأتي:[2]

- بين الوسطاء في عمليات البورصة.
- بين الوسطاء في عمليات البورصة وشركة إدارة بورصة القيم.
- بين الوسطاء في عمليات البورصة والشركات المصدرة للأسهم.
- بين الوسطاء في عمليات البورصة والامرين بالسحب في البورصة.

1 - مبروك حسين، المدونة الجزائرية للبورصة، مرجع سابق، ص: 110.

2 - المادة 52 من المرسوم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

ويتضح جليا من خلال نص المادة أن اختصاص الغرفة التحكيمي مقيد بأن يكون الوسيط في عمليات البورصة هو أحد اطراف النزاع وإلا كانت غير مختصة ويتمثل الوسطاء في عمليات البورصة في كل من:[1]

- بنك الفلاحة و التنمية الريفية.
- بنك التنمية المحلية.
- البنك الخارجي الجزائري.
- البنك الوطني الجزائري.
- بنك بي أن باريبيا الجزائر.
- بنك التوفير و الاحتياط.
- القرض الشعبي الجزائري.
- سوسيتي جنرال الجزائر.
- بنك تل ماركتس الجزائر.

أما فيما يخص الخلافات التي تنجر عن الشركات المصدرة للأسهم وشركة تسيير بورصة القيم المنقولة وغيرها من الخدمات، فهي تخرج من نطاق اختصاص الغرفة التأديبية والتحكيمية.[2]

وعن عمل الغرفة فإنها تتحرك بناءا على إخطار صادر من لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها أو بطلب من مراقب اللجنة او بناءا على تظلم أي طرف له مصلحة في ذلك.[3]

ثانيا: سلطة ضبط السمعي البصري:

قيد المشرع سلطة ضبط السمعي البصري بالتحكيم في النزاعات التي تثور فقط بين الأشخاص المعنويين فيما بينهم وكذلك بين هاته الفئة وباقي المستعملين، ومصطلح المستعملين يفتح مجالا واسعا لضم فئة كبيرة من الأشخاص، يعني أن كل مستعمل لهذه الخدمة يمكن ان يكون طرفا في النزاع والأمثلة على ذلك عديدة كالأفراد العاديين الذين يستعملون خدمة السمعي البصري والانترنيت وكذلك المستثمرين من رجال الأعمال وأصحاب القنوات الفضائية والتلفزية وبالتالي فالمشرع ترك المجال مفتوحا لإدخال العديد من الأطراف في مثل هذه المنازعات.

---

1 - الموقع الالكتروني لبورصة الجزائر بورصة الجزائر www.sgbv.dz تاريخ زيارة الموقع 20 فيفري 2019 على الساعة 21.30.

2 - تواتي نصيرة، ضبط سوق القيم المنقولة الجزائري – دراسة مقارنة - أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، جامعة تيزي وزو، 2013، ص ص:332-333.

3 - بن بخمة جمال، الإختصاص الإستشاري والتحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مرجع سابق، ص: 151.



وباعتبار أن سلطة ضبط السمعي البصري تهتم بإحدى أهم الحريات المكرسة دستوريا والمتمثلة في حرية الإعلام والحق في التعبير كان لابد أن تستجيب مسألة التحكيم في المنازعات الناشئة في القطاع بإعتباره إجراء تنازعي إلى وجوب استقلالية أعضاء هيئة التحكيم والتزامهم بمبدأ الحياد، لاسيما أنهم يمكن ان يكونوا عرضة لتهديد المتعاملين المتدخلين في السوق بغية التحكم في قراراتها والتأثير عليهم لإصدار قرارات لصالحهم هم،[1] وبالرجوع لتشكيلة سلطة ضبط السمعي البصري نجد أنها تتكون من خمسة أعضاء بما فيهم الرئيس يختارهم رئيس الجمهورية، وعضوان غير برلمانيين يقترحهما رئيس مجلس الأمى وعضوان غير برلمانيين يقترحهما المجلس الشعبي الوطني، ويتم إختيارهم بناءا على كفاءتهم وخبرتهم واهتمامهم بالنشاط السمعي البصري، وتحدد عهدتهم بستة سنوات غير قابلة للتجديد،[2] ففي هذا الشأن وباعتبار قطاع الإعلام والإتصال قطاع جد حساس تتدخل فيه سلطة الضبط لإيجاد توازن بين حق المبادرة والإتصال فإن هذه التركيبة التداولية تعد ضمانا لمبدأ حياد عمل هذه السلطة ويساهم في صدور قرار تحكيم حيادي.

ثالثا: سلطة ضبط البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية:

ينعقد الاختصاص بالتحكيم لمجلس سلطة ضبط البريد والإتصالات السلكية واللاسلكية، في النزاعات التي تثور بين متعاملي قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية وفي إطار النشاطات التنافسية المتعلقة بتقاسم منشآت والاتصالات وكذلك النزاعات القائمة بين متعاملين إقتصاديين فيما بينهم بما فيها النزاعات القائمة بين المتعاملين وأحد مستعملي الخدمة،[3] والمستعمل هو كل شخص طبيعي او معنوي يستفيد من خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، وعلى ذلك فقائمة الأطراف الذين قد يكونون طرفا في النزاع طويلة وتضم العديد من الفئات والأشخاص.

الاختصاص التحكيمي المسند لسلطة ضبط البريد والاتصالات جاء ليجسد الهدف العام الذي يرمي أليه القانون رقم 2000-03 والمتمثل في فتح سوق البريد والإتصالات، والسماح بدخول العديد من المتعاملين إلى هذا القطاع، والملاحظ ان المشرع الجزائر قد أنشأ ضمن لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها غرفة خاصة تتولى القيام بالوظيفة التحكيمية فإن يكون قد خالف هذا التنظيم على مستوى سلطة ضبط البريد والاتصالات ولم يستحدث جهاز أو لجنة خاصة بالتحكيم، وتتشكل هذه السلطة من مجلس ومدير عام،

1 - جميلة يا، سلطة ضبط السمعي البصري، مرجع سابق، ص: 143.

2 - المادة 57، 59 و60 من القانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

3 - المادة 13 الفقرة 08 من القانون رقم 2000-03 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، مرجع سابق.



ويعتبر مجلس السلطة بمثابة هيئة تداولية لسلطة الضبط فهو يتمتع بكل الصلاحيات الضرورية للقيام بالمهام المسندة لها أما المدير العام فيتولى تسيير سلطة الضبط، ويتكون مجلس السلطة من سبعة أعضاء يختارهم من بينهم الرئيس يعينهم رئيس الجمهورية،[1] وهو ما يدل على اهمية هذه السلطة في مؤسسات الدولة ودورها الكبير في حل النزاعات وضبط السوق.[2]

رابعا: غرفة التحكيم للجنة ضبط الكهرباء والغاز:

ينعقد الاختصاص بالتحكيم، لغرفة التحكيم على مستوى لجنة ضبط الكهرباء والغاز، ويشترط أن يكون طرفي هذا النزاع متعاملين في قطاع الكهرباء والغاز، دون إدراج المنتفعين من خدمات القطاع بمعنى ان الزبائن لا يمكن أن يكونوا طرفا في النزاع الذي يخضع للتحكيم، ويبقى أمامهم في حالة نشوب نزاع التوجه للقضاء لأن هذا الأخير لا يتعتع بصفة متعامل كونه لا يساهم في أي نشاط سواء كان توزيع أو نقل أو إنتاج أو تسويق للكهرباء والغاز وبالتالي ينعقد الاختصاص فيه للقضاء، وتتولى غرفة التحكيم الفصل في النزاع بناءا على طلب أحد الأطراف، وتستعمل كل الوسائل والطرق القانونية المتاحة للفصل في النزاع كسماع الشهود أو إجراء تحقيق كما يمكنها أن تعين خبير، أما عن القواعد الإجرائية المطبقة أمام غرفة التحكيم فقد أحالنا المشرع على التنظيم وتكون قراراتها غير قابلة للطعن وواجبة التنفيذ.[3]

القانون رقم 02-01 قد أمد غرفة التحكيم بكل الأدوات القانونية والوسائل المادية لتمكينها من فرض سلطتها التحكيمية في مجال اختصاصها على كل متعاملي القطاع وجعل قراراتها غير قابلة للطعن وبذلك فهي واجبة التنفيذ،[4] وما يلفت الانتباه في هذا الشأن هو أن هذا التحكيم كأداة لفض النزاع أحال المشرع قواعده الإجرائية للتنظيم وهذا من شأنه أن يوفر ضمانة لجميع الأطراف من التعسف في الإجراءات أو الحياد عنها.

رغم أن إعطاء صلاحية التحكيم للسلطات الإدارية المستقلة قد يكون فيه تعد على اختصاص القضاء، كون سلطة التحكيم محصورة تقليديا بيد القضاء لكن المصلحة العامة اقتضت منح هذه الصلاحية وهذا الإمتياز لمثل هذه السلطات والملاحظ أن القرارات التحكيمية الموقعة من هذه الأخيرة تشترك مع تلك الموقعة

1 - المادة 15 من القانون رقم 2000-03 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المرجع نفسه.

2 - مشيد سليمة، النظام القانوني للإستثمار في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 2004، ص: 03.

3 - المادة 133، 135، 136 و137 من القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، مرجع سابق.

4 - نوبال لزهر، المركز القانوني للجنة ضبط الكهرباء والغاز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012 ، ص: 56.

من القضاء في صفة فض النزاع حيث أن توقيعها يكون على كل مالمتحكمين دون تطلب توافر رابطة خاصة بينه وبين السلطة الإدارية المستقلة أو القضاء.

وتقوم هذه السلطات الإدارية المستقلة كما رأينا بإصدار قراراتها التحكيمية المختلفة في كل القطاعات التي تنظمها، لكنها تخضع كذلك لنفس النظام الاجرائي المتبع أمام القضاء فهي ملزمة بإحترام مبدأ الحق في الدفاع وتلتزم الحياد والاستقلالية وتكرس نظام الامتناع الذي يمنع أي عضو في السلطة الإدارية المستقلة من المشاركة في المداولات المتعلقة بأي حالة محل التحكيم إذا كانت تربطه رابطة شخصية به إلى جانب ذلك فإن القرارات التحكيمية التي تصدرها السلطات الإدارية المستقلة هي قرارات إنفرادية ووجب إخضاعها لرقابة القضاء،[1] إضافة إلى ضرورة إحترام مبدأ المواجهة،[2] بما فيه من وجوب مواجهة الخصوم لبعضهم البعض بإدعاءاتهم ودفعوهم ويلتقي الخصوم أمام السلطة الإدارية المستقلة المحكمة، ولا يجوز لها الفصل في النزاع ما لم يحضر الخصم الموجه له الادعاء لسماعه وإبداء آراءه فيه، ولايجوز سماع خصم إلا بحضور خصمه وبعد استدعائه، ويبقى الإعتراف للسلطات الإدارية المستقلة بسلطة ممارسة الاختصاص التحكيمي تجسيدا لمقولة الفقه الإداري بأنه ليس في الأنظمة الحرة ما يحول دون الإعتراف للسلطات الإدارية المستقلة بأحقية ممارسة الاختصاصات التحكيمية التي تكفل تنفيذ القوانين بشرط أن يكون ذلك في نطاق محدود ومقيد بالنصوص القانونية.

وما يمكن قوله عموما هو أن ممارسة السلطات الادارية المستقلة للوظيفة التحكيمية فرضه ذلك التطور التكنولوجي والتقني في العالم، فليس بجديد القول إننا نعيش في أعقاب مرحلة جديدة، الغلبة فيها لمجتمع المعلوماتية على غرار الثورة الصناعية التي مرت بها البلدان المتقدمة خلال القرن الماضي، فبعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال الإلكترونية، وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت، اتجه التفكير إلى استخدام هذه التقنيات الإلكترونية نفسها لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من

---

1 - المادة 03 الفقرة الثالثة من القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 2008، مرجع سابق، " يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية".

2 - يقصد بمبدأ المواجهة أن تسير كافة إجراءات الدعوى في مواجهة جميع الأطراف، بحيث توضع جميع العناصر والمستندات المقدمة من أحد الأطراف في الدعوى تحت نظر الطرف الآخر للإطلاع عليها وإبداء ملاحظاته بشأنها، أنظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى الإدارية، توزيع منشأة المعارف، القاهرة، 2008، ص ص:364-365، و هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تقوم عليها الخصومة وتضمنه المادة 3 من قانون الاجراءات المدنية والادارية :"... يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية.....". و هذا معنا وجوب مواجهة الخصوم لبعضهم البعض بادعاءاتهم ودفعوهم ويلتقي الخصوم أمام المحكمة و لا يجوز للمحكمة الفصل بحكم ما لم يحضر الخصم الموجه له الادعاء لسماعه و إبداء آراءه فيه و لا يجوز سماع خصم إلا بحضور خصمه و بعد استدعائه، ورفضه الحضور يترتب عن هذا المبدأ استحالة الخصومة بين حاضر و غائب، كما ان المادة 3 في فقرتها 3 ألزمت القاضي بهذه الوجاهية وليس الأطراف فقط.

منازعات، بمعنى أن إجراءاتها تجرى عبر شبكات الوسائل الإلكترونية، من دون حاجة لوجود أطراف هذه المنازعة في مكان واحد، وهذا الوضع الجديد يقتضي تطوير نظام قانوني ملائم ومواز يحكم هذه العملية، فالقاضي لا يستطيع القيام بهذه المهمة ولا يستطيع كذلك ذلك التحكيم التقليدي المتعارف عليه دوليا في حل منازعات التجارة الدولية رغم أنه سريع وغير مكلف ماديا بالنسبة للأطراف، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئا ومكلفا، وذلك بسبب ضآلة المبالغ المادية أو التعويض المطالب به في غالب الأحيان، وقد يؤدي ذلك البطء والتكاليف إلى تقاعس الأفراد والمستهلكين وحتى التجار عن المطالبة بحقوقهم، إضافة إلى ما يتطلبه من تبادل مادي للبيانات والطلبات والدفوع من الأطراف والاستماع المباشر للشهود وغير ذلك من الأمور، وفي هذه الوضعية فلا يبقى غير الاعتراف للسلطات الإدارية المستقلة للقيام بهذه المهمة نظرا لما تتمتع به من تقنية فنية عالية تؤهلها لذلك في حدود اختصاصها ومجالات عملها وأبرز مثال على ذلك هو قطاع الاتصالات.

الخاتمة:

الاختصاص التحكيمي الذي تمارسه السلطات الإدارية المستقلة له قيمة قانونية وإقتصادية غاية في الأهمية، يتجلى ذلك من ناحية أولى بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يجد الطمأنينة في القرار التحكيمي، ومن ناحية ثانية انه يمثل حل للمنازعات في وقت أسرع وأكثر موضوعية من الحلول القضائية الأخرى، إلا أن هذا الاختصاص التحكيمي لا زال في أطواره الأولى ولازال مقيدا جدا، حيث أن التشريعات العربية وعلى مختلف أنواعها ومسمياتها حصرت الاختصاص التحكيمي الذي تماريه السلطات الإدارية المستقلة في المجالات التقنية الناتجة عن تفسير القوانين واللوائح السارية في المجال المالي والبورصة او بعض المجالات التقنية البحتة، مما يضيق من مجال ممارسة هذا الاختصاص.

وقد توصلنا إلى جملة من النتائج وأفردنا معها بعض الإقتراحات والمتمثلة في:

النتائج:

1- منح السلطات الإدارية المستقلة الاختصاص بممارسة التحكيم، ساهم في الحل السريع والفعال للعديد من النزاعات القائمة بين المتعاملين بعيدا عن طول المدة أمام المحاكم الإدارية.
2- تكريس ممارسة الوظيفة التحكيمية للسلطات الإدارية المستقلة يجسد دولة القانون، ويعزز حماية الحقوق الفردية والجماعية في آن واحد.

التوصيات:

1- العمل على تقليص اختصاصات القضاء الإداري في القطاع الاقتصادي نظرا للدور الكبير الذي تلعبه مختلف السلطات الإدارية المستقلة في فض النزاعات من خلال الوظيفة التحكيمية المخولة لها قانونا.

2- ضرورة إخضاع ممارسة الاختصاص أو الوظيفة التحكيمية التي تمارسها السلطات الإدارية المستقلة للقواعد العامة في التحكيم لأن المشرع أغفلها تماما وهذا من شأنه ضمانة رقابة صارمة ومستمرة للقرارات التحكيمية الصادرة عنها.

قائمة المصادروالمراجع:

أولا: باللغة العربية

1- الكتب:

1. حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية – دراسة مقارنة – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2016
2. حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة-دراسة مقارنة- دار النهضة العربية،القاهرة،2000،
3. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى الإدارية، توزيع منشأة المعارف، القاهرة، 2008
4. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2017
5. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الاجراءات الادارية – دراسة قانونية تفسيرية – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2017
6. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي – وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2012
7. مبروك حسين، المدونة الجزائرية للبورصة، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006
8. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادي، 2008.
9. وليد بوجملين، قانون الضبط الاقتصادي، دار بلقيس، الجزائر، 2015.



2- **الرسائل والمذكرات الجامعية:**

أ- **رسائل الماجستير:**

10. جميلة يا، سلطة ضبط السمعي البصري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018

11. مخلوف باهية، الاختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010

12. مشيد سليمة، النظام القانوني للإستثمار في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 2004

13. نوبال لزهر، المركز القانوني للجنة ضبط الكهرباء والغاز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، جامعة منتوري، قسنطينة،2012.

ب- **أطروحات الدكتوراه:**

14. تواتي نصيرة، ضبط سوق القيم المنقولة الجزائري – دراسة مقارنة - أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، جامعة تيزي وزو، 2013

15. خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة سطيف 2، 2015.

3- **المجلات والدوريات:**

16. بن بخمة جمال، الاختصاص الاستشاري والتحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الثاني، جامعة جيجل، 2016.

17. عسالي عبد الكريم، لجنة ضبط قطاع الكهرباء والغاز، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2007.

4- **النصوص القانونية:**

18. المرسوم التنفيذي رقم 02-194 المؤرخ في 28 ماي 2002، والمتضمن دفتر الشروط المتعلق بشروط التموين بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية، العدد 39 لسنة 2002.

19. المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، الجريدة الرسمية، العدد 34 لسنة 1993

20. القانون رقم 2000-03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 48 لسنة 2000.

21. القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية، العدد 08 لسنة 2002

22. القانون رقم 04-14 المؤرخ في 24 فيفري 2014 المتعلق بنشاط السمعي البصري، الجريدة الرسمية، العدد 16، لسنة 2014

23. القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1421 الموافق 5 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والموصلات السلكية و اللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 48، لسنة

24. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Ouvrages:

1. Zouaimia Rachid, les autorités de régulation indépendantes face aux exigences des la gouvernance Edition BELKEISE, 2013,
2. Zouaimia Rachid, les instruments juridiques de la régulation économiques en Algérie, Edition BELKEISE, 2012

Articles:

1. ZOUAIMIA Rachid, L'autorité de régulation de l'audiovisuel, Revue Académique de la Recherche Juridique, vol. 17, n°1, 2018.

Jurisprudences:

Documents:

1. Décision n n°33/sp/pc/arpt/05 du 28 aout 2005, Relative au litige concernant le paiement de soldes Des factures d'interconnexion On entre les opérateurs Orascom telecom Algérie et Algérie télécom.
2. Décision n 3/sp/pc/2002 du 08/07/2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage.

ثالثا: مواقع الانترنيت:

1. www.sgbv.dz
2. www.joradp.dz
3. www.arpt.dz

المسئولية الدولية عن الهواء المُلوثَ العابر للحدود

The International Responsibility for Trans Boundary Air Pollution

الدكتورة عبير العبيدي، كلية الشريعة والأنظمة، جامعة الطائف

Dr.Abeer Alubaidi. Taif University

Abstract:

The study showed the international interest in preserving the environment free from pollution, enacted environmental regulations and concluded international agreements concerned with the preservation of the environment, and came in a preliminary discussion on what is the responsibility of the international air pollution and trans boundary, The first paper deals with the statement of national regulations and international conventions related to environmental affairs, the second paper on the international responsibility for the polluted trans boundary air and the third research on the responsibility of the civil state for its polluted trans boundary air, following a descriptive inductive approach.

The study concluded with the most important results: Emphasis on the fact that international efforts are effective in the field of environmental protection from pollution and that national legislation and international conventions play a prominent role in protecting the environment from environmental damage and demonstrating the effectiveness of the international responsibility system in reducing the high rates of trans boundary air pollution damage.

The study recommended that international persons should be urged to conclude many international conventions, hold international conferences to raise awareness of environmental conservation and seriousness of international cooperation with international organizations concerned with monitoring air pollutants and work to adhere to international environmental standards and standards and urge States to use clean and non-polluting energy sources A specialized international judiciary that supports environmental protection efforts and devotes effective international cooperation in this field.



تمهيد وتقسيم:

سَخر الله عز وجل البيئة للإنسان لتكون له ملاذاً وسكناً ولاستخراج ما فيها من ثروات وموارد حتى يسعد في الحياة عليها، ويعيش حياة كريمة وفاضلة.

وتُعد المسئولية القانونية أحد المبادئ الأساسية لأي نظام قانوني على المستويين الدولي والوطني، ويتأثر مفهومها بتطور النظام القانوني للمجتمع، وكذلك بالتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للعلاقات بين أشخاص القانون العام[1].

فالتطور في مبدأ المسئولية الدولية مثلاً، استتبعه الاعتراف بمسئولية الدولة الكاملة عن أغلب الأعمال الضارة الصادرة منها ومن المقيمين بها، وأصبحت هذه المسئولية من المبادئ الراسخة في القانون الدولي[2].

من هذا المنطلق، يُعد مبدأ المسئولية الدولية عن الأضرار التي تتسبب فيها الدولة[3] لغيرها من أشخاص القانون الدولي، من المبادئ المُستقرة في القانون الدولي العام.

ومن جهة ثانية، أدى تزايد النشاط الصناعي وتشابكه، وتطور وسائل الإنتاج وتقدمها، إلى تعرض الهواء الجوي للملوثات[4] المنبعثة من المنشآت الصناعية وعوادم السيارات ومولدات الطاقة، مما أخل بتوازنه الطبيعي[5]، فأصبح يُهدد المجتمع الدولي بكافة أجهزته[6].

ولا تقتصر حماية البيئة من التلوث العابر للحدود، على السيطرة عليه أو على الأقل الحد من آثاره، بل يجب أن تمتد إلى معاقبة الفاعل، وجبر الضرر الحاصل، سواء أكان الفاعل شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، كالدولة مثلاً.

---

[1] ويقترب نظام المسئولية أكثر إلى بلوغ العدالة، طالما كان نظاماً مُتطوراً مُراعياً مصالح الدول والأفراد وحقوقهم، آخذاً بالاعتبار المتغيرات التي تحدث في المجتمع.

[2] محمد حسن عبد المجيد الحداد: المسئولية الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولي، الإسكندرية، 2016م، ص13.

[3] جدير بالذكر أن أطراف المسئولية الدولية، لم تعد قاصرة على **الدول** فقط، كما كان الحال سابقاً في ظل القانون الدولي التقليدي، ولكن أصبح من الممكن أن يكون هناك أطرافاً لهذه العلاقة من غير الدول، هي "المنظمات الدولية".

[4] حظيت ظاهرة تلوث البيئة الهوائية باهتمام دولي، حيث يجاوز التصدي لها الإمكانيات الفردية، شخوصاً ودولاً، الأمر الذي يدعو الدول جميعها، حكومات ومشرعين، للتكاتف والقضاء عليها. طلال بن سيف بن عبد الله الحوسني: حماية البيئة الدولية من التلوث، مايو 2005م، منشور على الموقع الالكتروني، وتاريخ الزيارة 2019/9/25م: http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t760-topic

[5] عبد السلام منصور الشيوي: الحماية الدولية للهواء من التلوث، منشور بمجلة الفكر القانوني والاقتصادي، جامعة بنها، ع 9، السنة الرابعة، 20013م، ص 136.

[6] خالد مصطفي فهمي: الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2011م، ص4.

لذا، تُعتبر الدولة مسئولة قانوناً، عن الأضرار البيئية الناتجة عن هوائها الملوث العابر للحدود، الذي تُحدثه أنشطتها الصناعية والتقنية، وينتقل لبيئات الدول الأخرى ملوثاً إياها[1].

وباستقراء الأحكام القضائية الدولية بشأن الأضرار البيئية، نجد ضعف في قدرة الأجهزة القضائية الدولية عند التعامل مع مثل هذا النوع من القضايا، على الرغم من أن محكمة العدل الدولية تملك سلطة إنشاء أنظمة مؤقتة للحماية، يمكن مقارنتها بالأوامر والإنذارات القضائية، إلا أن المحكمة الدولية لا تستطيع

[1] في حال كانت هذه الأنشطة مخالفة لأحد التزاماتها الدولية، فتُصبح الدولة مسئولة عن تعويض هذه الأضرار، ومنع حدوثه مستقبلاً. عبد العزيز مخيمر: دور المنظمات الدولية، ص76.

إعطاء أي حكم أو إنذار قضائي أو أوامر تحظر انتهاك القانون الدولي[1]، لذا، يجب وجود **قضاء دولي متخصص** يُدعم جهود حماية البيئة ويكرس التعاون الدولي الفَعال في هذا المجال[2].

[1] **للمزيد حول دور المحكمة الدولية في إنهاء النزاعات البيئية**، انظر: سارة معاش: دور القضاء الدولي في حماية البيئة، جامعة الحاج لخضر باتنة. مُداخلة نُشرت في كتاب أعمال ملتقى آليات حماية البيئة، الذي نظمه مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، العاصمة، بتاريخ 30/ 12/ 2017م، ص75 وما بعدها. ولعل من أهم القضايا البيئية الدولية قضية التجارب النووية وقضية تلوث نهر الرين: حيث أظهرت قضية التجارب النووية، إخفاق محكمة العدل الدولية في إعطاء أي أمر أو إنذار قضائي أو أي أوامر تحظر انتهاك القانون الدولي. راجع تفاصيل هذه القضية:. Patricia and Boyle Op Cit p147.

وبشأن قضية تلوث نهر الراين بمادة الكلوريد، أعلنت محكمة روتردام أن المتسبب في حدوث نسبة 37% من التلوث المائي هي مناجم البوتاسيوم الفرنسية بالقرب من ملهاوس، وقد حملت فيه محكمة روتردام فرنسا المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بهولندا، ولكنها طلبت استشارة خبير قدر تعلق الأمر بحجم الأضرار، لكن في نهاية المطاف اتفقت فرنسا وهولندا على مبلغ معين يُدفع كتعويض. راجع تفاصيل الحكم في: Philippe sands, liability for env- damage, Op, Cit, p.84

ورفعت كلوتيلد نوننيه الفرنسية البالغة من العمر 59 عاماً وتقطن بباريس، دعوى قضائية على فرنسا مطالبة بالتعويض بسبب تقاعس أجهزة الدولة عن حماية صحتها من الآثار المترتبة على تلوث الهواء، حيث أفادت بتدهور حالتها الصحية بعد أن سجل التلوث في باريس مستويات قياسية في ديسمبر 2016م. راجع تفاصيل القضية وتاريخ الزيارة 2019/12/19م: https://www.bbc.com/arabic/science-and-tech-40205328

وعلى المستوي المحلي: ساهم القضاء السعودي في إنماء الفقه البيئي، من خلال أحكامه في القضايا التالية 1- حكم المحكمة الكبرى بمكة المكرمة، والمؤيد من محكمة التميز بمكة المكرمة، ومن مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في 1422/12/27هـ، والقاضي بأن تدفع الشركة السعودية للكهرباء تعويضاً قدره (1912500 ريال) مقابل إمرارها خطوط الضغط العالي فوق أرض الوقف السكنية مما جعلها غير صالحة للسكن وفقاً للأنظمة المعمول بها عالمياً، وإذا لم تدفع المبلغ المحكوم به فعليها إزالة خطوط الكهرباء عن أرض الوقف. 2- حكم المحكمة الكبرى بالرياض، المؤيد من محكمة التميز بالرياض، ومن مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في 1421/8/10هـ، والقاضي بالحكم على بلدية...... برفع يدها عن موقع معين تعتزم توزيعه سكناً؛ لأن هذا الموقع يتخذه الأهالي مرعى لدوابهم ومصدراً لمياه شربهم وسقيا مواشيهم، ولوجود أماكن للسكنى أفضل من المكان المتنازع عليه. واستندت المحكمة في قرارها على أن توزيع المخطط سوف يقتصر على أناس معينين، في حين أن حق الانتفاع به للرعي والاحتطاب والسقيا حق عام لجميع الأهالي، والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، ودرء المفاسد مُقدم على جلب المصالح. 3- حكم ديوان المظالم رقم 6/د/ف/35 لعام 1415هـ، والقاضي بإلغاء قرار المجمع القروي......... المتضمن تحديد موقع مرمى نفايات أعلى الوادي؛ لما يسببه من ضرر لأهالي قبائل... ببلدة... حيث أنه يصب في البئر الوحيدة التي يشرب منها سكان البلدة ويتسبب في تلويثها، والضرر يُزال حسب ما هو مقرر شرعاً. 4- حكم محكمة الطائف، المؤيد من محكمة التميز بمكة المكرمة، ومن الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى في 1419/5/24هـ، والقاضي بإزالة مشروع دواجن في حي صار آهلاً بالسكان، يتضررون من الروائح الكريهة وانتشار الحشرات وآثار المبيدات الحشرية. ولم يلتفت الحكم إلى ادعاء صاحب المزرعة بأن مشروعه سابق لإعمار الحي، وأنه ملتزم بعدم الإضرار بهم بإزالة الروائح. وقد استند الحكم المذكور إلى قاعدة: يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام، وإلى قاعدة الضرر يُزال، وإلى ما روي عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال: كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان. أنظر: الشيخ عبدالله بن محمد بن سعد آل خنين: ورقة عمل بعنوان "جهود القضاء السعودي في إنماء الفقه البيئي، تطبيقات قضائية معاصرة في الفقه البيئي"، قُدمت لمؤتمر "دور القضاء في تطوير القانون البيئي في المنطقة العربية"، المنعقد بالكويت تحت مظلة معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بتاريخ 26-2002/10/28م، منشور الكترونياً : https://www.alukah.net/sharia/0/73777/#ixzz61jM2ruIK وتاريخ الزيارة 2019/12/19م.

[2] على الرغم من قيام المحاكم الدولية بدور فَعال في حل بعض النزاعات الدولية، إلا أن الكثير من الأحكام لم تُحدث تغييراً كبيراً في وقف امتداد التلوث وتداعياته الخطيرة، الأمر الذي يجب معه استحداث جهاز قضائي دولي يتمثل في محكمة بيئية متخصصة، تُعرض أمامها كل القضايا البيئية. انظر: سارة معاش: دور القضاء الدولي في حماية البيئة، جامعة الحاج لخضر باتنة. مُداخلة نُشرت في كتاب أعمال ملتقى آليات حماية البيئة، الذي نظمه مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، العاصمة، بتاريخ 30/ 12/ 2017م، ص75.



مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث الماثل في أن التطور العلمي والتكنولوجي الذي حققه الإنسان ساهم، بلا شك، في تقدمه وتماديه في السيطرة على الطبيعة بوسائل كثيرة **أغلبها ضار بالبيئة**، كالهواء الملوث العابر للحدود والذي يجب القضاء على آثاره البيئية الضارة[1]، من خلال إيجاد آليات دولية تكون محل اتفاق بين الدول كافة.

هدف البحث:

يهدف بحث "المسئولية الدولية عن الهواء الملوث العابر للحدود"، إلى بيان الكيفية القانونية لحماية البيئة من التلوث من خلال الهواء العابر للحدود، وبيان كيفية السيطرة على الأضرار البيئية التي تترتب على الهواء الملوث العابر للحدود وجبر الضرر الحاصل، فضلاً عن بيان كيفية معاقبة الفاعل، سواء أكان هذا الأخير شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كالدولة مثلاً.

منهج البحث:

سيتم إتباع المنهج الاستقرائي الوصفي، وذلك من خلال استقراء الوقائع والأحداث المختلفة وكتابات الفقه القانوني حيالها على الساحتين الإقليمية والدولية، لاعتماد هذا المنهج على إعمال الفكر، وبالتالي منطقية وواقعية نتائجه.

خطة البحث:

سيتم معالجة البحث الماثل من خلال خطة البحث التالية:

المبحث التمهيدي: ماهية المسئولية الدولية والهواء المُلوثَ العابر للحدود والأنظمة القانونية المعنية.

المطلب الأول: ماهية المسئولية الدولية.

المطلب الثاني: ماهية الهواء المُلوثَ العابر للحدود.

المطلب الثالث: الأنظمة الوطنية والاتفاقيات والدولية المعنية بالشأن البيئ.

المبحث الأول: المسئولية الدولية عن الهواء الملوث العابر للحدود.

المطلب الأول: مسئولية الدولة الموضوعية عن هوائها الملوث العابر للحدود.

المطلب الثاني: مبدأ المُلوِث الدافع.

[1] أوتفات يوسف: الأساس القانوني للمسئولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود، مقال منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، الجزائر، العدد الحادي والعشرين، ص99.

المبحث الثاني: مسئولية الدولة المدنية عن هوائها الملوث العابر للحدود.

المطلب الأول: الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الدولية.

المطلب الثاني: نوعي المسؤولية المدنية الدولية عن الهواء الملوث العابر للحدود.

المبحث التمهيدي

ماهية المسئولية الدولية والهواء المُلوثَ العابر للحدود

المطلب الأول

ماهية المسئولية الدولية

أولاً: المسئولية لغة:

مصدر من سائل يسأل، فهو مُسائل، أي مُؤاخذ، والمسئولية هي المؤاخذة، أي العقوبة أو التهديد بها، كقوله تعالي:" **فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ(92)عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ**"[1].

ثانياً: المسئولية الدولية في الفقه الإسلامي:

هي:" إسناد التصرف غير المشروع دولياً في الشريعة الإسلامية الذي ألحق ضرر بدولة أخرى أو برعاياها إلى شخص دولي مُحدد"[2].

من هذا التعريف يتبين أن المسئولية الدولية في الفقه الإسلامي لا تقف فقط على تحقق الضرر أو انتهاك قواعد وأحكام الفقه الإسلامي المتمثل في الفعل الخاطئ، بل تنعقد المسئولية الدولية في الفقه الإسلامي أيضاً على أساس نظرية المخاطر التي عبر عنها الفقه الإسلامي بمبدأ "الغرم بالغنم"[3]، أي أنه إذا سبب استعمال الشخص لحقه المباح ضرراً للغير ولو لم يُسئ النية ولا يقصد الإضرار، فإن ذلك يستدعي الضمان كما يرى الإمام مالك رحمه الله مُستنداً في ذلك على فكرة المصلحة[4].

---

[1] النحل: الآيتان 93،92.

[2] السيد أبو عطية: الجزاءات الدولية في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الثقافية الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولي، 1997م، ص45.

[3] سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولي، 1996م، تحقيق زكريا عُميرات (ج2/ص406). **والغرم:** هو ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس مقابل بالغنم وهو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء، والغرم: الدين وأداء شيء لازم، ومعني هذه القاعدة : أن من ينال منفعة شيء يتحمل ضرره. **والغنم لغة:** هو الفوز بالشيء والربح والفضل، ولا يخرج المعني الاصطلاحي للغنم عن معناه اللغوي السالف.

[4] المدونة الكبرى للإمام مالك، الجزء الرابع، ص14.

ثالثاً: المسئولية الدولية قانوناً:

نظراً لأن مفهوم **المسئولية الدولية** لم يستقر بعدفي صورة تقنين متكامل المعالم، لذا ورد في تعريف المسئولية الدولية تعريفات فقهية متعددة نذكر منها:

- "وضع قانوني بمقتضاه تلتزم الدولة المنسوب إليها ارتكاب عمل غير مشروع وفقاً للقانون الدولي بتعويض الدولة التي وقع هذا العمل في مواجهتها"[1].

- "نظام يسعي لتعويض شخص آخر أو أكثر من أشخاص القانون الدولي عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لنشاط آتاه شخص أخر أو أكثر من أشخاص القانون الدولي"[2].

- "مجموعة من القواعد القانونية الدولية تُلقى على عاتق أشخاص القانون الدولي التزامات بمنع وتقليل الضرر الذي يمكن أن يلحق بشخص دولي آخر، وكذلك الالتزامات بإصلاح ما قد يلحق بالغير من أضرار"[3].

- "نظام قانوني بمقتضاه يفرض القانون الدولي على شخص القانون الدولي الذي ارتكب تصرفاً مخالفاً لالتزاماته الدولية، ترتب عليه إلحاق الضرر بشخص آخر من أشخاص القانون الدولي، بأن يُقدم الطرف المسئول للطرف المتضرر ما يُصلح ذلك الضرر"[4].

- "إسناد فعل إلى أحد أشخاص القانون الدولي، سواء كان هذا الفعل يحظره القانون الدولي أو كان غير محظور، ولكنه سبب ضرراً لأحد أشخاص القانون الدولي، الأمر الذي يقتضي توقيع جزاء دولي معين، سواء أكان هذا الجزاء ذا طبيعة عقابية أم كان ذا طبيعة غير عقابية"[5].

يتضح مما سبق، أنه حتى تتحقق مسئولية الدولة، عن الأضرار البيئية التي تُسببها للغير، أفراداً ودولاً، يجب أن يُكَون فعلها أمرين مُهمين: **الأول: موضوعي**: مفاده ارتكاب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً، أي مخالفتها لأحد التزاماتها الدولية. **والثاني: شخصي**: يتمثل في نسبة هذا الفعل إلى تلك الدولة أو أحد أجهزتها الرسمية، فبتوافر هذين الأمرين تقوم مسئولية الدولة قانوناً، ويمكن مطالبتها بالتعويض في حالة تحقق الضرر على أثر ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً.

---

[1] تعريف شارل روسو للمسئولية الدولية نقلاً عن شهاب سليمان عبد الله عثمان: القانون الدولي العام، ط1، 2015م، مكتبة المتنبي، ص229، وقريب من ذلك، رشاد عارف يوسف السيد: المسئولية الدولية عن أضرار الحروب العربية والإسرائيلية (جزئين)، دار الفرقان، الطبعة الأولي، 1984م، الجزء الأول، ص19.

[2] محمد سعيد الدقاق: شرط المصلحة في دعوي المسئولية عن انتهاك الشرعية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1973م، ص11.

[3] صلاح هاشم: المسئولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، القاهرة، 1991م، ص76.

[4] عبد الغني محمود: القانون الدولي دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ص175 -176.

[5] السيد أبو عطيه: الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2001م، ص249، رحماني خلف الله: المسئولية الدولية عن الضرر البيئي، مذكرة ماستر، الجزائر، جامعة الدكتور الطاهر مولاي – سعيدة – كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016م، ص12.

رابعاً: المسئولية الدولية وفقاً لتعريف لجنة القانون الدولي:

عرفت لجنة القانون الدولي، المسئولية الدولية، بأنها:" كل عمل غير مشروع دولياً صادر عن دولة وفق الضوابط الآتية:

- القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يُعد خرقاً لالتزام، مؤسس على قاعدة من قواعد القانون الدولي.

- استناد هذا العمل غير المشرع إلى الدولة باعتبارها شخصاً قانونياً اعتبارياً.

- ترتب الضرر على هذا العمل الدولي أو الامتناع عنه.

ومن المبادئ التي أرست مبدأ المسئولية الدولية عن الأضرار البيئية، المبدأ 22 من إعلان ستكهولم حول البيئة الإنسانية عام 1983م، حيث أكد على أن:" يجب على الدول أن تتعاون لتطوير القانون الدولي بخصوص المسئولية، والتعويض لضحايا التلوث وغيره من الأضرار البيئية، والتي تُسببها الأنشطة التي يتم ممارستها داخل حدودها، وتحت رقابتها لمناطق تقع فيما وراء حدود ولايتها أو اختصاصها".

وبالتوافق مع ما سلف بشأن المسئولية الدولية عن تلوث البيئة، يُعتبر مسئولاً دولياً، كل شخص، طبيعي أو اعتباري، يقوم بإدخال النفايات الخطرة أو السامة أو الإشعاعية أو إلقاء أو تصريف أي ملوثات ضارة أو أي نفايات سامة أو خطرة أو إشعاعية بأي وسيلة كانت في إقليم دولة أخري.

المطلب الثاني

ماهية الهواء المُلوثَ العابر للحدود

أولاً: تعريف الهواء:

يُعرف **الهواء** بأنه: خليط من الغازات التي تشمل الغلاف الجوي للأرض، ويحتوي هذا الخليط على مجموعة من الغازات ذات التركيزات شبه الثابتة ومجموعة أخرى بتركيزات متغيرة في كل من المكان والزمان، ويبقى خليط الغازات محافظاً على تجانسه نتيجة للدمج الناتج عن الحركات الجوية، ولكن تُصبح العمليات الانتشارية فوق ارتفاع حوالي 90 كم أكثر أهمية من الدمج، فتصبح الغازات الأخف، وخاصة الهيدروجين والهيليوم أكثر وفرة فوق هذا المستوى[1].

[1] www.britannica.com,10-5-2018. Retrieved 30-6-2018. Edited.

ثانياً: تعريف التلوث:

التلوث **لغة**، من "لَوث" أي الخلط، فُيقال تلوث الطين، ولوّث ثيابه بالطين، أي لطخها، ولَوث الماء أي كدّره[1]، وجاء في المعجم الوسيط: تلوث الماء أو الهواء، يعني خالطته مواد غريبة ضارة[2].

ويُعرف التلوث اصطلاحاً، بأنه: الحالة القائمة في البيئة الناتجة عن التغيرات المستحدثة فيها، والتي تُسبب للإنسان الإزعاج أو الأضرار أو الأمراض أو الوفاة بطريقة مباشرة أو عن طريق الإخلال بالأنظمة البيئية[3].

والتلوث قانوناً[4]: وفقاً للفقرة التاسعة من المادة الأولى من النظام البيئي السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 في 1422/7/28هـ، المبني على قرار مجلس الوزراء رقم (193) وتاريخ 1422/7/7هـ، يُعرف التلوث قانوناً بأنه: وجود مادة أو أكثر من المواد أو العوامل بكميات أو صفات أو لمدة زمنية تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بالصحة العامة بالمملكة.

وعرفه **المشرع المصري** في الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 1994م، بأنه:" أي تغيير في خواص البيئة مما قد يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بالكائنات الحية أو المنشآت أو يؤثر علي ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية".

ويُعرف **الفقه القانوني التلوث**، بأنه:" التغيير السيئ في المكونات الطبيعية والكيميائية والبيولوجية للبيئة الذى يؤدى لخلل في اتزان البيئة بما يؤثر تأثيراً ضاراً على حياة الإنسان"[5].

أو هو:" كل تغير كمي أو كيفي في مكونات البيئة الحية أو غير الحية لا تقدر الأنظمة البيئية على استيعابه دون أن يختل توازنه"[6].

[1] مادة (لَوث) لسان العرب، ج12، ص352، دار إحياء التراث العربي، 1999م.

[2] لسان العرب المحيط، منشور على الموقع الالكتروني، وتاريخ الزيارة 2019/9/26م:
https://sites.google.com/site/environmentalpollutionsites/home/mfhwm-wanwa-altlwth-albyyy/altlwth-hw-alghasbywghs.

[3] خالد محمد القاسمي ووجيه جميل البعيني: حماية البيئة الخليجية، التلوث الصناعي وأثره على البيئة العربية والعالمية، ص11، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1999م.

[4] يُعتبر المفهوم القانوني للتلوث حاسماً لتحقيق الأوصاف الجُرمية لبعض السلوكيات التى يُعاقب عليها القانون، وكذلك القول بتحقق شروط المسئولية المدنية عن الفعل الضار.

[5] هدى حامد قشقوش: التلوث بالإشعاع النووي في نطاق القانون الجنائي، دار النهضة العربية، 1997م، ص94، قريب من ذلك، انظر: وليد عايض عوض الرشيدي: المسئولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، المملكة الأردنية الهاشمية، 2012م، ص21.

[6] سحر مصطفي حافظ: الحماية القانونية لبيئة المياه العذبة في مصر، الدار العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1995م، ص89، وللمزيد من التعريفات الفقهية للتلوث، راجع: حسين محمد مصلح محمد: القانون والبيئة، مرجع سابق، ص12وما يليها.



ثالثاً: تعريف تلوث الهواء: لتلوث الهواء تعريفات متعددة، نذكر منها:

- "تَعَرُّض الغلاف الجوي[1] لمواد كيماوية أو جسيمات مادية أو مركبات بيولوجية، تُسبب الضرر والأذى للإنسان والكائنات الحية الأخرى، وتؤدي إلى الإضرار بالبيئة الطبيعية".

- "وجود أي مواد صلبة أو سائلة أو غازية في الهواء، بكميات تؤدي إلى وقوع أضرار فسيولوجية أو اقتصادية أو الاثنين معاً على الإنسان والحيوان والنباتات والآلات والمعدات، أو تؤدي إلى التأثير في طبيعة الأشياء وفي مظهرها وخصائصها الفيزيائية والكيميائية"[2].

رابعاً: تعريف مُلوِث الهواء:

يُعرف **مُلوِث الهواء**، بأنه:" أي مادة في الهواء يمكن أن تسبب الضرر للإنسان والبيئة، ومن الممكن أن تكون هذه الملوثات في شكل جزيئات صلبة أو قطرات سائلة أو غازات، فضلاً عن أنها قد تكون طبيعية أو ناتجة عن نشاط الإنسان"[3].

أو هو:" الشوائب الغازية أو الصلبة أو السائلة أو في حالتها البخارية، والتي تنبعث من المنشآت المختلفة لفترات زمنية مما قد ينشأ عنها أضرار بالصحة العامة أو الحيوان أو النبات أو المواد أو الممتلكات أو تتداخل في ممارسة الإنسان لحياته اليومية، وبالتالي تُعتبر ملوثاً للهواء، إذا نشأ عن انبعاث هذه الملوثات تواجد تركيزات لها يزيد عن الحد الأقصى المسموح به في الهواء الخارجي"[4].

لذا، يتلوث الهواء عندما تتواجد جزيئات أو جسيمات في الهواء وبكميات كبيرة عضوية أو غير عضوية، بحيث لا تستطيع الدخول إلى النظام البيئي وَتُشكل ضرراً على العناصر البيئية[5].

ويُعتبر **التلوث الهوائي** أكثر أشكال التلوث البيئي انتشاراً نظراً لسهولة انتشاره وانتقاله من منطقة إلى أخرى وبفترة زمنية وجيزة نسبياً.

---

[1] غلاف الأرض الجوي هو طبقة من خليط من غازات تحيط بالكرة الأرضية مجذوبة إليها بفعل الجاذبية الأرضية. راجع: https://ar.wikipedia.org/wiki/

[2] محمد عبد القادر الفقهي: البيئة .. قضاياها ومشاكلها وحمايتها من التلوث، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1999م، ص37.

[3] https://ar.wikipedia.org/wiki/

[4] خالد مصطفي فهمي: الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011م، ص366-367.

[5] عبد الوهاب رجب هاشم بن صادق: التلوث البيئي، الطبعة الثانية، النشر العلمي والمطابع، المملكة العربية السعودية، 1424هـ/2003م، ص49 وما بعدها.



لذا، عُقدت العديد من الاتفاقيات الدولية لأجل التعاون الدولي لمكافحة هذا النوع من التلوث البيئي[1]، والتي من أهمها "الاتفاقية الدولية الخاصة بتلوث الهواء بعيد المدى العابر الحدود، المنعقدة في جنيف بتاريخ 13 نوفمبر 1979م".

حيث عرفت المادة الأولى من الاتفاقية السالفة، **تلوث الهواء**، بأنه:" إدخال الإنسان بشكل مباشر أو غير مباشر لمواد أو طاقة في الجو أو الهواء، يكون له مفعول ضار يُعرض صحة الإنسان للخطر، ويلحق الضرر بالموارد الحيوية والنظم البيئية والفساد بالأحوال المادية، ويمس أو يضر كل من يتمتع بالبيئة أو باستخداماتها المشروعة[2].

وقد عرفت ذات الاتفاقية، **تلوث الهواء بعيد المدي العابر للحدود**، بأنه:" التلوث الذي يكون مصدره العضوي موجوداً كلياً أو جزئياً في منطقة تخضع للاختصاص الوطني لدولة أخرى"[3].

وباستقراء ما سبق، يحدث تلوث الهواء في كل مرة يتم فيها تغيير التركيبة الكيميائية لمكوناته سالفة البيان، بما يترتب عليه من خطر على صحة كافة الكائنات الموجودة بالبيئة الملُوث هوائها.

لذا، أوافق بعض الفقهاء[4] في أن أنَسب تعريف **للتلوث البيئي للهواء، بأنه:** "اختلاط الهواء بموادّ كيميائيّة، أو جسيمات ماديّة، أو مركبات بيولوجيّة، تتسبّب في إحداث العديد من الأضرار التي تؤذي الإنسان، والكائنات الحية، والبيئة المحيطة، فيؤدي هذا التلوث الهوائي لإصابة الإنسان بالأمراض الخطرة، وموت العديد من الكائنات الحية".

من هذا التعريف، يمكن تصنيف الملوثات الهوائية إلى: ملوثات أولية وملوثات ثانوية:

1) الملوثات الأولية للهواء: هي المواد التي تصدر بشكل مباشر من إحدى العمليات، كالرماد المتناثر من ثورة أحد البراكين أو غاز أول أكسيد الكربون المنبعث من عوادم السيارات أو ثاني أكسيد الكربون المنبعث من مداخن المصانع[5].

---

[1] سيتم تناول هذه الاتفاقيات بالتفصيل في المبحث القادم.

[2] منشور على الموقع الالكتروني وتاريخ الزيارة 2019/10/6م: http://www.startimes.com/

[3] خديجة بن قطاط: التجارة الدولية وتأثيرها على البيئة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2014م، ص63، فضيلة الهيصاك وأمينة جوهري: المسئولية الدولية عن التلوث العابر للحدود، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014م، ص20.

[4] منشور على الموقع الالكتروني وتاريخ الزيارة 2019/9/27م https://mawdoo3.com/

[5] هدى عبد الفتاح، نُشر في البلاد يوم 04 - 05 – 2012م، ومنشور الكترونياً: https://ar.wikipedia.org/wiki/

2) الملوثات الثانوية للهواء: هي التي لا تنبعث في الهواء بشكل مباشر، وإنما تتكون هذه الملوثات في الهواء عندما تنشط الملوثات الأولية أو تتفاعل مع بعضها البعض، كاقتراب طبقة الأوزون من سطح الأرض، والذي يُمثل أحد الملوثات الثانوية العديدة التي تُكَوِّن الضباب الدخاني الكيميائي الضوئي[1].

سادساً: صور تلوث الهواء:

أربمع بعض الفقهاء[2]، أن للتلوث الهوائي العابر للحدود، صورتان:

الأولى: التلوث ذو الاتجاه الواحد، وهو الذي يحدث في دولة وتنتج آثاره في دولة أخرى.

الثانية: التلوث ذو الاتجاهين أو التلوث التبادلي، الذي يحدث بنظام المبادلة بين دولتين متجاورتين كمصدر وآثار.

سابعاً: حالات تلوث الهواء:

لتلوث الهواء الموجود بالبيئة المحيطة، وفقاً لتعريفاته السالفة، حالات متعددة، أهمها:

1) التلوث المفاجئ للهواء:

وذلك عندما ترتفع درجات تركيز الملوثات في الهواء المحيط بشكل مفاجئ، كالمأساة التي حدثت في لندن، والتي بدأت في الخامس من شهر ديسمبر وانتهت في التاسع من الشهر ذاته، في العام 1952م[3].

2) التلوث المعتاد للهواء:

ويحدث عندما تتواجد الملوثات في الهواء بصفة مستمرة وبكميات محدودة، فيتم استنشاق الكائنات الحية لبعضها ويترسب بعضها الآخر في أجساد الكائنات المختلفة[4].

---

[1] جدير بالذكر، أنه يجب أن نضع في الاعتبار أن بعض الملوثات للهواء قد تكون أولية وثانوية في الوقت نفسه، أي أنها تنبعث في الهواء بشكل مباشر وتكون ناتجة أيضاً عن بعض الملوثات الأولية الأخرى. منشور الكترونياً: https://ar.wikipedia.org/wiki/

[2] أحمد عبد الكريم سلامة: قانون حماية البيئة الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، 1996م، ص104.

[3] حيث خيم الضباب والدخان فوق مدينة لندن لمدة خمسة أيام متتالية، فنتج عن ذلك تلوث شديد للهواء بسبب تراكم غاز ثاني أكسيد الكبريت في الجو. انظر: عبد السلام منصور الشيوى: الحماية الدولية للهواء من التلوث، مرجع سابق، ص142.

[4] من أهم الإجراءات الوقائية للمحافظة على سلامة الهواء من التلوث، أذكر مثالاً لا حصراً: التخطيط العلمي السليم عند تدشين الصناعات المختلفة، بحيث يتم مراعاة العوامل البيئية المختلفة، إنشاء نقاط رصد ومراجعة لقياس جودة الهواء في مناطق مختلفة من كل مدينة، مع مراعاة أنماط النمو في هذه المدن وكمية المواد الملوثة، نشر معايير جودة الهواء بالنسبة للمواد الملوثة، وكذلك نتائج ورصد قياس تلك الجودة في وسائل الإعلام المختلفة والاهتمام بزراعة الأشجار وزيادة المسطحات والأحزمة الخضراء حول المدن والمناطق الصناعية. كمال شرقاوي غزالي: التلوث البيئي، العقدة والحل، الدار العربية للنشر، 1996م، ص97. ومن أهم الحلول المقترحة لمقاومة تلوث الهواء، التحول إلى مصادر الطاقة المتجددة في جميع المجالات الحياتية. كمال شرقاوي غزالي: التلوث البيئي، مرجع سابق، ص98.



المطلب الثالث

الأنظمة الوطنية والاتفاقيات الدولية المعنية بالشأن البيئي

نظراً لأهمية ممارسة الكائنات الحية لأدوارها التي خلقهم الله عز وجل لأجلها[1]، فقد فَطن الإنسان لأن تكون البيئة المحيطة به خالية من الملوثات التي من الممكن أن تُعيقه عن أداء ما خُلق لأجله، الأمر الذي اهتمت به الدول فرادى وجماعات، فَسنت القوانين وعقدت الاتفاقيات لأجل المحافظة على بيئتها المحلية والبيئة الدولية خالية من الملوثات، فضلاً عن النص بهذه القوانين وتلك الاتفاقيات على الأفعال الملوثة للبيئة محلياً ودولياً والجزاءات المناسبة لهذه الأفعال.

فضلاً على ذلك، فقد نَوعت الدول في قوانينها الداخلية واتفاقياتها الدولية بين الجزاءات المختلفة التي يُمكن إنزالها بِمُرتكب الأفعال المُلوِثة للبيئة عموماً، سواء كان شخصاً طبيعياً[2] أو شخصاً اعتبارياً[3]، خاصاً[4] هذا الأخير أو عاماً[5]، كالدولة مثلاً.

وبتطبيق ما سلف على الوضع التشريعي في المملكة العربية السعودية، نجد أن المملكة قد جعلت من المحافظة على البيئة المحيطة جُل اهتمامها على المستويين، **المحلي** بإصدارها للنظام العام للبيئة، **والدولي** من خلال التصديق على المعاهدات الدولية المعنية بالمحافظة على البيئة.

[1] مصداقاً لقوله تعالي:" **وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ**". الآية 56 سورة الطور.

[2] يُعرف الشخص الطبيعي، بأنه:" الكائن الحي أو الإنسان الذي يتميز عن غيره من الكائنات الأخرى ويتمتع بكافة الحقوق ويتحمل مسؤوليات تصرفاته وأفعاله".

[3] يُعرف الشخص الاعتباري، بأنه:" عبارة عن مجموعة من الأموال، أو الأشخاص الذين يتوفر لهم كيان ذاتي مستقل يهدف لتحقيق غرض معين، ويتمتع بالشخصية القانونية في حدود هذا الغرض".

[4] الشخص الاعتباري الخاص، كالشركة والجمعيات.

[5] الشخص الاعتباري العام، كالدولة والمنظمات الدولية.

الفرع الأول

النظام العام للبيئة السعودي

حققت المملكة نقلة نوعية في مجال حماية البيئة وصون مواردها، واعتُمد موضوع البيئة وحمايتها ضمن النظام الأساسي للحكم وفقاً للمادة (32) منه، والتي تنص على التزام المملكة بالمحافظة على البيئة وحمايتها ومنع التلوث.

وصدر النظام العام للبيئة السعودي بالمرسوم الملكي رقم م/34 في 1422/7/28هـ، المبني على قرار مجلس الوزراء رقم 193 وتاريخ 1422/7/7هـ، في أربع فصول بمجموع أربع وعشرين مادة، جاء في المادة الأولى تعريف للعديد من المصطلحات البيئية[1].

<u>أهداف النظام العام للبيئة السعودي[2]:</u>

للنظام العام للبيئة السعودي، أهداف متعددة، منها مثالاً لا حصراً:

أولاً: المحافظة على البيئة السعودية وحمايتها وتطويرها ومنع كافة الملوثات عنها.

---

[1] تنص المادة الأولي من النظام العام للبيئة السعودي، على أن:" يُقصد بالعبارات الآتية في مجال تطبيق أحكام هذا النظام المعاني المُبينة قرين كل منها: 1- الجهة المختصة: مصلحة الأرصاد وحماية البيئة. 2- الوزير المختص: وزير الدفاع والطيران والمفتش العام. 3- الجهة العامة: أي وزارة أو مصلحة أو مؤسسة حكومية. 4- الجهة المرخصة: أي جهة مسئولة عن ترخيص مشروعات ذات تأثير سلبي محتمل على البيئة. 5- الجهة المعنية: الجهة الحكومية المسئولة عن المشروعات ذات العلاقة بالبيئة. 6- الشخص: أي شخص طبيعي أو معنوي خاص، ويشمل ذلك المؤسسات والشركات الخاصة. 7- البيئة: كل ما يحيط بالإنسان من ماء وهواء ويابسة وفضاء خارجي، وكل ما تحتويه هذه الأوساط من جماد ونبات وحيوان وأشكال مختلفة من طاقة ونظم وعمليات طبيعية وأنشطة بشرية. 8- حماية البيئة: المحافظة على البيئة ومنع تلوثها وتدهورها والحد من ذلك. 9- تلوث البيئة: وجود مادة أو أكثر من المواد أو العوامل بكميات أو صفات أو لمدة زمنية تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بالصحة العامة أو بالأحياء أو الموارد الطبيعية أو الممتلكات، أو تؤثر سلباً على نوعية الحياة ورفاهية الإنسان. 10- تدهور البيئة: التأثير السلبي على البيئة بما يغير من طبيعتها أو خصائصها العامة أو يؤدي إلى اختلال التوازن الطبيعي بين عناصرها، أو فقد الخصائص الجمالية أو البصرية لها. 11- الكارثة البيئية: الحادث الذي يترتب عليه ضرر بالبيئة وتحتاج مواجهته إلى إمكانات أكبر من تلك التي تتطلبها الحوادث العادية والقدرات المحلية. 12- مقاييس المصدر: حدود أو نسب تركيز الملوثات من مصادر التلوث المختلفة والتي لا يُسمح بصرف ما يتجاوزها إلى البيئة المحيطة، ويشمل ذلك تحديد تقنيات التحكم اللازمة لتمشي مع هذه الحدود. 13- مقاييس الجودة البيئية: حدود أو نسب تركيز الملوثات التي لا يسمح بتجاوزها في الهواء أو الماء أو اليابسة. 14- المقاييس البيئية: تعني كلاً من مقاييس الجودة البيئية ومقاييس المصدر. 15- المعايير البيئية: تعني المواصفات والاشتراطات البيئية للتحكم في مصادر التلوث. 16- المشروعات: أي مرافق أو منشآت أو أنشطة ذات تأثير محتمل على البيئة. 17- التغيير الرئيسي: أي توسعة أو تغيير في تصميم أو تشغيل أي مشروع قائم يحتمل معه حدوث تأثير سلبي على البيئة، ولأغراض هذا التعريف فإن أي استبدال مُكافئ نوعاً وسعة لا يُعد تغييراً رئيسياً. 18- التقويم البيئي للمشروع: الدراسة التي يتم إجراؤها لتحديد الآثار البيئية المحتملة أو الناجمة عن المشروع والإجراءات والوسائل المناسبة لمنع الآثار السلبية أو الحد منها وتحقيق أو زيادة المردودات الإيجابية للمشروع على البيئة بما يتوافق مع المقاييس البيئية المعمول بها".

[2] نص المادة الثانية من النظام العام للبيئة السعودي.

ثانياً: حماية الصحة العامة من أخطار الأنشطة الإنسانية المُضرة بالبيئة.

ثالثاً: المحافظة على الموارد الطبيعية البيئية، والعمل على تنميتها وترشيد استخدامها.

رابعاً: جعل التخطيط البيئي جزءاً لا يتجزأ من التخطيط الشامل للتنمية في جميع المجالات الصناعية والزراعية والعمرانية وغيرها.

خامساً: رفع مستوى الوعي بقضايا البيئة، وترسيخ الشعور بالمسئولية الفردية والجماعية للمحافظة عليها وتحسينها، وتشجيع الجهود الوطنية التطوعية في هذا المجال.

مهام مصلحة الأرصاد وحماية البيئة السعودية:

وفقاً للمادة الثالثة من النظام البيئي السعودي، تلتزم مصلحة الأرصاد وحماية البيئة، بحسبها الجهة المختصة، بالمهام التي من شأنها المحافظة على البيئة ومنع تدهورها، وعليها على وجه الخصوص:

أولاً: مراجعة حالة البيئة وتقويمها، وتطوير وسائل الرصد وأدواته، وجمع المعلومات وإجراءات الدراسات البيئية.

ثانياً: توثيق المعلومات البيئية ونشرها.

ثالثاً: إعداد مقاييس حماية البيئة وإصدارها ومراجعتها وتطويرها وتفسيرها.

رابعاً: إعداد مشروعات الأنظمة البيئية ذات العلاقة بمسئولياتها.

خامساً: التأكد من التزام الجهات العامة والأشخاص بالأنظمة والمقاييس والمعايير البيئية، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك[1] بالتنسيق والتعاون مع الجهات المعنية والمُرخصة.

---

[1] وبشأن أهمية اتخاذ الإجراءات الوقائية من التلوث البيئي، نصت المادة الثامنة من النظام البيئي السعودي على أن:" مع مراعاة ما تقضي به الأنظمة والتعليمات تلتزم الجهات العامة والأشخاص بما يأتي:1- ترشيد استخدام الموارد الطبيعية للمحافظة على ما هو متجدد منها وإنمائه وإطالة أمد الموارد غير المتجددة.2- تحقيق الانسجام بين أنماط ومعدلات الاستخدام وبين السعة التحميلية للموارد.3- استعمال تقنيات التدوير وإعادة استخدام الموارد.4- تطوير التقنيات والنظم التقليدية التي تنسجم مع ظروف البيئة المحلية والإقليمية.5- تطوير تقنيات مواد البناء التقليدية". وفي ذات السياق، نصت المادة التاسعة من النظام البيئي السعودي، على أن:"1- تضع الجهة المختصة بالتنسيق مع الجهات المعنية خطة لمواجهة الكوارث البيئية تستند على حصر الإمكانات المتوفرة على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.2- تلتزم الجهات المعنية بوضع وتطوير خطط الطوارئ اللازمة لحماية البيئة من مخاطر التلوث التي تنتج عن الحالات الطارئة التي قد تُحدثها المشروعات التابعة لها أثناء القيام بنشاطاتها.3- على كل شخص يشرف على مشروع أو مرفق يقوم بأعمال لها تأثيرات سلبية محتملة على البيئة وضع خطط طوارئ لمنع أو تخفيف مخاطر تلك التأثيرات



سادساً: متابعة التطورات المستجدة في مجالات البيئة، وإدارتها على النطاقين الإقليمي والدولي.

سابعاً: نشر الوعي البيئي على جميع المستويات.

التزامات الوزارات والمصالح والمؤسسات الحكومية بشأن المحافظة على البيئة السعودية:

أولاً: تلتزم أي وزارة[1] أو مصلحة أو مؤسسة حكومية، باتخاذ الإجراءات التي تكفل تطبيق القواعد الواردة في النظام البيئي على مشروعاتها أو المشروعات التي تخضع لإشرافها، أو المشروعات التي تقوم بترخيصها والتأكد من الالتزام بالأنظمة والمقاييس والمعايير البيئية المُبينة في اللوائح التنفيذية للنظام البيئي[2].

ثانياً: تلتزم أي وزارة أو مصلحة عامة أو مؤسسة حكومية، حال مسئوليتها عن إصدار المقاييس أو المواصفات أو القواعد تتعلق بممارسة النشاطات المؤثرة على البيئة، بالتنسيق مع مصلحة الأرصاد وحماية البيئة قبل إصدارها لهذه المقاييس وتلك المواصفات[3].

ثالثاً: تلتزم أي جهة مسئولة عن ترخيص مشروعات - ذات تأثير سلبي مُحتمل على البيئة - التأكد من إجراء دراسات التقويم البيئي في مرحلة دراسات الجدوى للمشروعات التي يُمكن أن تُحدث تأثيرات سلبية[4] على البيئة، وتكون الجهة القائمة على تنفيذ المشروع هي الجهة المسئولة عن إجراء دراسات التقويم البيئي وفِق الأسس والمقاييس البيئية التي تُحددها الجهة المختصة في اللوائح التنفيذية[5].

رابعاً: تلتزم الجهة القائمة على تنفيذ مشروعات جديدة أو التي تقوم بإجراء تغييرات رئيسية على المشروعات القائمة أو التي لديها مشروعات انتهت فترات استثمارها المحددة، باستخدام أفضل التقنيات الممكنة والمواد الأقل تلويثاً للبيئة[6].

وأن تكون لديه الوسائل الكفيلة بتنفيذ تلك الخطط.4- تقوم الجهة المختصة بالتنسيق مع الجهات المعنية بمراجعة دورية عن مدى ملائمة خطط الطوارئ.الفقرة الأولي من المادة الرابعة من النظام العام للبيئة السعودي.

[1] راجع نص المادة السابعة من النظام العام للبيئة السعودي.

[2] نص الفقرة الأولي من المادة الرابعة من النظام العام للبيئة السعودي.

[3] نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من النظام العام للبيئة السعودي.

[4] في هذا السياق، تنص المادة الحادية عشرة من ذات النظام، على أن:"1- على كل شخص مسئول عن تصميم أو تشغيل أي مشروع أو نشاط الالتزام بأن يكون تصميم وتشغيل هذا المشروع متمشياً مع الأنظمة والمقاييس المعمول بها.2- على كل شخص يقوم بعمل قد يؤدي إلى حدوث تأثيرات سلبية على البيئة أن يقوم باتخاذ الإجراءات المناسبة للحد من تلك التأثيرات أو خفض احتمالات حدوثها".

[5] نص المادة الخامسة من النظام العام للبيئة السعودي.

[6] نص المادة السادسة من النظام العام للبيئة السعودي.

وفي جميع الأحوال، يجب مراعاة الجوانب البيئية في عملية التخطيط على مستوى المشروعات والبرامج والخطط التنموية للقطاعات المختلفة والخطة العامة للتنمية[1].

وباستقراء نصوص نظام البيئة السعودي، نجد أن المشرع البيئي أَولى البيئة السعودية عناية كبيرة، من حيث ضرورة اتخاذ **إجراءات وقائية**[2] **لمنع التلوث ابتداءً**، **وإجراءات علاجية إذا حدث التلوث بالفعل**، **وعقوبات رادعة** لكل شخص أو جهة تتسبب بفعلها المخالف في إحداث التلوث المُجرم قانوناً.

وحَصر المشرع البيئي الأفعال التي تُعتبر ضارة بالبيئة[3]، وتُرتب مسئولية فاعلها، هذه المسئولية يتم المعاقبة عليها، وفقاً لنص المادة الثامنة عشرة من ذات النظام، شريطة مُراعاة المادة 230 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار[4].

وباستقراء نصوص **النظام العام للبيئة السعودي**، نجد أن المشرع السعودي قد تعامل مع **العقوبات البيئية** **تعاملاً يتفق ومبدأ مسئولية الملوث**[5] من خلال استعمال لغة المشرع الجزائي والمدني والإداري، المتمثلة في: الأمر باتخاذ الإجراءات المناسبة للحد من تلك التأثيرات الضارة بالبيئة[6]، واتخاذ الاحتياطات اللازمة للتخزين والنقل الآمن للمخلفات ومعالجتها والتخلص منها بالطرق المناسبة، واتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لضمان عدم

[1] نص المادة العاشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[2] وفقاً لذلك، تنص المادة الثانية عشرة من النظام البيئي، على أن:"1- يلتزم من يقوم بأعمال الحفر أو الهدم أو البناء أو نقل ما ينتج عن هذه الأعمال من مخلفات أو أتربة باتخاذ الاحتياطات اللازمة للتخزين والنقل الآمن لها ومعالجتها والتخلص منها بالطرق المناسبة.2- يجب عند حرق أي نوع من أنواع الوقود أو غيره سواء كان للأغراض الصناعة أو توليد الطاقة أو أي أنشطة أخرى أن يكون الدخان أو الغازات أو الأبخرة المنبعثة عنها والمخلفات الصلبة والسائلة الناتجة، في الحدود المسموح بها في المقاييس البيئية.3- يجب على صاحب المنشأة اتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لضمان عدم تسرب أو انبعاث ملوثات الهواء داخل أماكن العمل إلا في حدود المقاييس البيئية المسموح بها.4- يُشترط في الأماكن العامة المغلقة وشبه المغلقة أن تكون مستوفية لوسائل التهوية الكافية بما يتناسب مع حجم المكان وطاقته الاستيعابية ونوع النشاط الذي يمارس فيه، وتحدد الاحتياطات والتدابير والطرق والمقاييس البيئية في اللوائح التنفيذية". وتنص المادة الثالثة عشرة من ذات النظام، على أن:"يلتزم كل من يُباشر الأنشطة الإنتاجية أو الخدمية أو غيرها، باتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق ما يأتي: 1- عدم تلوث المياه السطحية أو الجوفية أو الساحلية بالمخلفات الصلبة أو السائلة بصورة مباشرة أو غير مباشرة. 2- المحافظة على التربة واليابسة والحد من تدهورها أو تلوثها. 3- الحد من الضجيج وخاصة عند تشغيل الآلات والمعدات واستعمال آلات التنبيه ومكبرات الصوت، وعدم تجاوز حدود المقاييس البيئية المسموح بها المُبينة في اللوائح التنفيذية". وتنص المادة الرابعة عشرة من ذات النظام، على أن:"1- يُحظر إدخال النفايات الخطرة أو السامة أو الإشعاعية إلى المملكة العربية السعودية، ويشمل ذلك مياهها الإقليمية أو المنطقة الاقتصادية الخالصة.2- يلتزم القائمون على إنتاج أو نقل أو تخزين أو تدوير أو معالجة المواد السامة أو المواد الخطرة والإشعاعية أو التخلص النهائي منها التقيد بالإجراءات والضوابط التي تحددها اللوائح التنفيذية. 3- يُحظر إلقاء أو تصريف أي ملوثات ضارة أو أي نفايات سامة أو خطرة أو إشعاعية من قبل السفن أو غيرها في المياه الإقليمية أو المنطقة الاقتصادية الخالصة".

[3] نص المادة الرابعة عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[4] صدقت عليها المملكة العربية السعودية بالمرسوم الملكي رقم (م/17) وتاريخ 1416/9/11هـ.

[5] تبني مبدأ الملوث الدافع قانون حماية البيئة اللبناني رقم 444 لسنة 2002م. انظر نص المادة الرابعة من القانون المذكور، وقانون حماية البيئة وتنميتها الإماراتي رقم 24 لسنة 1999م. انظر: نص المادة الحادي والسبعون من القانون المذكور.

[6] نص المادة الحادية عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

تسرب أو انبعاث ملوثات الهواء داخل أماكن العمل، لتكون في الحدود المسموح بها في المقاييس البيئية[1]، وحظر إدخال النفايات الخطرة إلى المملكة وحظر طرح أي مواد ضارة بسلامة البيئة[2].

من جميع ما سلف، يتبين أن المشرع البيئي السعودي قد فرض على المخالفات البيئية، عقوبات مختلفة، تتمثل في العقوبات الآتية:

1) إزالة أي تأثيرات سلبية وإيقافها ومعالجة آثارها بما يتفق مع المقاييس والمعايير البيئية[3].

2) السجن لمدة تزيد عن خمس سنوات أو بغرامة مالية لا تزيد عن خمسمائة ألف ريال أو بهما معاً[4].

3) الحكم بالتعويضات المناسبة[5].

4) إلزام المخالف بإزالة المخالفة، ويجوز إغلاق المنشأة أو حجز السفينة لمدة لا تتجاوز تسعين يوماً[6].

وحال **العود**، يُعاقب المخالف بزيادة الحد الأقصى لعقوبة السجن، على ألا يتجاوز ضعف المدة أو بزيادة الحد الأقصى للغرامة، على ألا يتجاوز ضعف هذا الحد، أو بهما معاً، مع الحكم بالتعويضات المناسبة، وإلزام المخالف بإزالة المخالفة، ويجوز إغلاق المنشأة بصفة مؤقتة أو دائمة أو حجز السفينة بصفة مؤقتة أو مصادرتها.

5) مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها نظام آخر، يُعاقب من يخالف أي حكم من أحكام المواد الأخرى في النظام العام للبيئة السعودي، بغرامة مالية لا تزيد على عشرة آلاف ريال، وإلزام المخالف بإزالة المخالفة.

وفي حالة **العود** يُعاقب المخالف بزيادة الحد الأقصى للغرامة، على ألا يتجاوز ضعف هذا الحد وإلزامه بإزالة المخالفة، ويجوز إغلاق المنشأة لمدة لا تتجاوز تسعين يوماً[7].

---

[1] نص المادة الثانية عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[2] نص المادة الرابعة عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[3] نص المادة السابعة عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[4] نص المادة الثامنة عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[5] نص المادة الثامنة عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[6] نص المادة الثامنة عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[7] نص الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

الفرع الثاني

الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية البيئية المُلزمة للمملكة

لم يقتصر اهتمام الملكة العربية السعودية عند إصدار النظام العام لحماية البيئة السالف الإشارة إليه، لينظم الأمور البيئية داخل المملكة العربية السعودية، بل تجاوز ذلك الاهتمام الدولي بالبيئة الخارجية، فعقدت المملكة العديد من الاتفاقيات الدولية[1]وحضرت العديد من المؤتمرات الدولية الخاصة بهذا الشأن[2].

وشاركت المملكة العربية السعودية بشكل مؤثر في الجهود الدولية للحفاظ على البيئة، ومن تلك الجهود:

- مساهمة المملكة خلال قمة أوبك عام 2007 بمبلغ 300 مليون دولار لإنشاء صندوق للأبحاث الخاصة بالطاقة والبيئة.

- المملكة صاحبة أكبر مشروع اعمار بيئي في التاريخ، إذ احتفلت في شهر أغسطس 2013 لجنة الأمم المتحدة المشكلة بقراري مجلس الأمن رقم 692 و786، والمعنية بتعويضات حرب الخليج لعام 1991م، بالانتهاء من المشروع الذي كلف المملكة أكثر من 1,1 مليار دولار أمريكي.

وفي التالي يتم التعرض لبعض الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية التي وَقعت عليها المملكة.

---

[1] سعيد سالم جويلي: مواجهة الأضرار بالبيئة بين الوقاية والعلاج، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م، ص48.

[2] ومن الاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها المملكة بشأن المسئولية الدولية عن أضرار التلوث البيئي، الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بوقود السفن الزيتي لعام2001م، والتي جاء **بديباجتها**" إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، إذ تستذكر المادة 194 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن قانون البحار، لعام 1982م، التي تنص على أن الدول يجب **أن تتخذ جميع ما يلزم من تدابير لمنع تلوث البيئة** البحرية **وخفضه والسيطرة عليه**، وإذ تستذكر أيضاً المادة 235 من تلك الاتفاقية التي تنص على أنه يجب على الدول، **لغرض ضمان تعويض سريع وكافِ** فيما يتعلق بجميع الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة البحرية، أن تتعاون في تطوير قواعد القانون الدولي ذات الصلة، وإذ تضع في اعتبارها أن الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث الزيتي لعام 1992م، والاتفاقية الدولية بشأن إنشاء صندوق دولي للتعويض عن أضرار التلوث الزيتي لعام 1992م قد نجحتا في كفالة تعويض الأشخاص الذين تعرضوا لأضرار سببها التلوث الناجم عن تسرب أو تصريف الزيت السائب المنقول بحراً عن طريق السفن، وإذ تضع في اعتبارها أيضاً أن الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية والتعويض فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن نقل المواد الخطيرة والضارة بحراً لعام 1996م قد اعتمدت لتوفير تعويض كافِ وسريع وفَعال عن الأضرار الناجمة عن الحوادث المتضمنة بنقل المواد الخطيرة والضارة عن طريق البحر، وإذ تعترف بأهمية تحديد **مسؤولية شيئية** عن جميع أشكال التلوث الزيتي ترتبط بحد ملائم لمستوى تلك المسؤولية، وإذ ترى أن الأمر يستلزم وضع تدابير تكميلية ضماناً لدفع **تعويض كاف وسريع وفعال** عن الأضرار التي يُسببها التلوث الناجم عن تسرب أو تصريف وقود السفن الزيتي منها، ورغبة منها في اعتماد قواعد وإجراءات دولية موحدة لتحديد المسائل المتعلقة بالمسؤولية وتوفير تعويض كاف في هذه الحالات، قد اتفقت على ما يلي......."..

أولاً: الاتفاقيات الدولية:

1) الاتفاقية الخاصة بتلوث الهواء طويل المدى العابر للحدود:

تم التصديق على هذه الاتفاقية وعلى البروتوكولات المتعلقة بها من قِبل الدول الأعضاء في الثالث عشر من شهر نوفمبر لعام 1979م، كأول أداة دولية تتناول تلوث الهواء العابر للحدود[1].

وكان الهدف الرئيس لهذه الاتفاقية، هو حماية الصحة العامة والبيئة المحيطة، بتقليل ومنع تلوث الهواء طويل المدى العابر للحدود عن طريق اتخاذ التدابير التي تتسم بتعاون الدول الأعضاء بوضع استراتيجيات وسياسات لمكافحة تلوث الغلاف الجوي، عن طريق تبادل المعلومات والتشاور والبحث والرصد، وبالفعل أسفر التعاون في البحث والتطوير بين الدول المعنية في عمل الآتي: - التوصل لطرق تكنولوجية تؤدي لتقليل انبعاث ملوثات الهواء الرئيسية.

- التوصل لتقنيات تكنولوجية لرصد وقياس معدلات انبعاث ملوثات الهواء وتركيزها في الجو.

- تصميم برامج تدريب وتعليم متعلقة بالأوجه البيئية لتلوث الهواء بالملوثات الرئيسية.

2) اتفاقية المجلس الاقتصادي والاجتماعي بشأن الهواء الملوث العابر للحدود:

أبرم المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لهيئة الأمم المتحدة، اتفاقية دولية متعددة الأطراف، بهدف مكافحة تلوث الهواء العابر للحدود، خاصة للمسافات الطويلة التي تمتد إلى آلاف الكيلومترات مجاوزة بذلك الحدود والسيادة الوطنية للدول.

وألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء بالعمل على حصر وتخفيض ومنع ملوثات الهواء[2]، من خلال وضعها لأفضل السياسات والاستراتيجيات بإيجاد أنظمة مناسبة للقضاء على انبعاث الملوثات في الهواء، باستخدام أقصر الطرق التقنية المُتاحة من الناحية الاقتصادية[3].

---

[1] جدير بالذكر، أنه تم التصديق على البروتوكول الخاص بالتمويل طويل المدى للبرنامج التعاوني لرصد وتقييم عمليات نقل ملوثات الهواء طويلة المدى في أوروبا في سبتمبر 1984م، ووفقاً له التزمت الدول الأطراف بالمشاركة في تكاليف برنامج الرصد الأوروبي لمراجعة وتقييم بيانات الانبعاثات من الكبريت وثاني أكسيد النيتروجين والمركبات العضوية المتطايرة وغيرها من ملوثات الهواء.

[2] gouilland (Martine Remond), les fonds d'indemnisations, droit de l'environnement, ed. Économico, Paris 1988, p.320.

[3] ويُعتبر ثاني أكسيد الكربون المتسبب الأول في تلوث الهواء، إذ يتفق العلماء على اعتبار الزيادة في تركيزه السبب الأساسي في تقوية الاحتباس الحراري. فهمي: المواد الحارقة، 2002م، ص5.

3) اتفاقية التنوع البيولوجي:

هي معاهدة دولية لحفظ التنوع البيولوجي والاستخدام المستدام لمكونات التنوع البيولوجي والتقاسم المنصف والعادل للفوائد المستمدة من استخدام الموارد الجينية، وتم التوقيع عليها[1] في مؤتمر قمة الأرض في ريو دي جانيرو عام 1992م، ودخلت حيز النفاذ في ديسمبر 1993م.

وتسعى الاتفاقية[2] إلى معالجة جميع الأخطار التي تهدد التنوع البيولوجي وخدمات النظم الإيكولوجية، بما في ذلك التهديدات الناجمة عن تغير المناخ، من خلال التقييمات العلمية، وتطوير الأدوات والحوافز والعمليات، ونقل التكنولوجيات والممارسات الجيدة، والمشاركة الكاملة والفعالة من جانب أصحاب المصلحة المعنيين.

ونظراً لأهمية هذه الاتفاقية في المحافظة على البيئة من الأضرار المختلفة، فقد صدقت عليها المملكة العربية السعودية بتاريخ الثالث من أكتوبر لعام 2001م.

4) اتفاقية مجلس أوروبا 1993م:

هذه الاتفاقية خاصة بالمسئولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن الأنشطة الضارة بالبيئة، والتي أقرت بمبدأ **المسؤولية الموضوعية** التي تقوم على فكرة المخاطر أو الضمان.

وضمن إطار أو ماهية تلك المسؤولية نجد أنها أوجدت اتفاقاً دولياً من وجهتين، **الأولى**: تحكم الأنشطة الخطرة، **والثانية**: تتعلق بواجبات الدول حين تقع الأضرار، ولإظهار العلاقة بين المسئولية والضرر، أكدت قواعد مونتريال على الواجبات التنظيمية للدولة فيما يتعلق بالنشاط داخل حدودها الإقليمية[3].

5) اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار:

باستكمال المؤتمر الثالث للأمم المتحدة لقانون البحار الذي أُقيم لأول مرة بمدينة نيويورك في ديسمبر 1973م، لعمله في عام 1982م، تم التوقيع في العاشر من ديسمبر لعام 1982م، على اتفاقية الأمم

[1] وقع على الاتفاقية العديد من الدول والمنظمات الدولية، لذلك فللاتفاقية مشاركة شبه عالمية.

[2] يُعد كلاً من: **بروتوكول قرطاجنة** بشأن السلامة الأحيائية والذي يسعى إلى حماية التنوع البيولوجي من المخاطر المحتملة التي تُشكلها الكائنات الحية المُحورة الناجمة عن التكنولوجيا الأحيائية الحديثة، وصدقت عليه 171 طرفاً دولياً والذى دخل حيز النفاذ في الحادي عشر من سبتمبر 2003م، و**بروتوكول ناغويا** بشأن الحصول وتقاسم المنافع دخل هذا البروتوكول حيز النفاذ في الثاني عشر من أكتوبر 2014م، ويهدف البروتوكول إلى تقاسم المنافع الناشئة عن استخدام الموارد الجينية بطريقة عادلة ومنصفة، بما في ذلك عن طريق الوصول المناسب إلى الموارد الجينية ونقل التكنولوجيات الملائمة على نحو ملائم، وصدقت عليه 105 طرفاً دولياً، اتفاقان مُكملان لاتفاقية التنوع البيولوجي.

[3] أعمال لجنة القانون الدولي بالدورة السادسة والأربعين، 1994م، ص13 وص14. عزيز كاظم جبر: الضرر المُرتد وتعويضه في المسئولية التقصيرية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998م، ص9.



المتحدة لقانون البحار في مونتيغو باي، جامايكا، ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في السادس عشر من نوفمبر لعام 1994م،وصادقت على الاتفاقية آنذاك ستين دولة.

واهتمت الاتفاقية بالنص على عدد من المفاهيم التي ظهرت في **القانون العرفي**، مثل: المياه الإقليمية والمنطقة الاقتصادية الحصرية والجرف القاري، وحددت الاتفاقية المبادئ العامة لاستغلال الموارد البحرية، كالموارد الحية والتربة والموارد الموجودة تحت سطح الأرض[1].

وصادقت المملكة العربية السعودية على هذه الاتفاقية بالمرسوم الملكي رقم (م/17) وتاريخ 1416/9/11هـ، وصادق الاتحاد الأوروبي على الاتفاقية في العام 1998م[2].

ثانياً: المؤتمرات الدولية:

من أهم المؤتمرات الدولية بشأن الضرر البيئي العابر للحدود:

1) مؤتمر استكهولم ومبادئه لعام 1972م.

2) مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة ومبادئه لعام 1992م.

ثالثاً: المنظمات الدولية المعنية بالبيئة:

من أهم المنظمات الدولية التي تعنى بشئون البيئة:

1) أعمال برنامج الأمم المتحدة للبيئة (PNUE) لعام 1972م.

2) الوكالة الدولية للطاقة الذرية (L'AIEA) لعام 1975م.

3) المنظمة البحرية الدولية (L'OMI).

[1] تعقد الدول الأطراف في اتفاقية قانون البحار اجتماعاتها بصفة دورية، وعُقد الاجتماع السابع عشر في نيويورك في يونيو 2007م.

[2] في حين وَقعت الولايات المتحدة على الاتفاقية بيد أنها لم تُصادق عليها.



المبحث الأول

المسئولية الدولية عن الهواء الملوث العابر للحدود

تفرض أحكام القانون الدولي للبيئة، التزامات عامة بحماية البيئة من أخطار التلوث، وتحمل المسؤولية الكاملة عن إصلاح كافة الأضرار البيئية، التي قد تلحق بالدول الأخرى، من جراء الأنشطة التي يتم مباشرتها في الإقليم الوطني لدولة أو تحت إشرافها وولايتها، فقد تبنت لجنة القانون الدولي **مبدأً عاماً** حول المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية سنة 1980م، فأقرت في مادته الأولى أن:**" كل فعل مخالفاً دولياً يصدر من دولة ما، يستوجب المسؤولية الدولية لهذه الدولة"**[1].

وحيث يقضي **الأصل العام** بأنه يجب ألا تقتصر حماية البيئة من التلوث على السيطرة عن أنواع التلوث والحد من آثارها، بل يجب أن تمتد إلى **معاقبة الفاعل، وجبر الضرر** للمضرور، سواء أكان الفاعل شخصاً طبيعياً أو شخصاً دولياً[2].

وبحسب خضوع مسئولية الدولة عن الأضرار البيئية التي يُسببها هوائها الملوث العابر للحدود، لذات الأحكام العامة التي تسري في مجال مسئولية الدولة عن الأضرار البيئية عموماً، لذلك، تُعتبر الدولة مسئولة قانوناً، عن الأضرار التي تُحدثها الأنشطة الصناعية والتقنية في بيئات الدول الأخرى، وذلك إذا كانت هذه الأنشطة مُخالفة لأحد التزاماتها الدولية وأحدثت أضراراً في أقاليم الدول الأخرى، فتلتزم، والحال كذلك، بتعويض هذه الأضرار، ومنع حدوثها مستقبلاً[3].

وبصدد الحديث عن المسئولية الدولية **عموماً** نكون أمام حالتين لقيام هذه المسئولية:

الحالة الأولى: قيام الدولة بفعل غير مشروع:

وقد استقر الفقه الدولي[4] على أن الشرط الهام لقيام المسئولية الدولية في هذه الحالة، هو **خرق أو انتهاك التزام دولي بفعل إيجابي أو سلبي**، بغض الطرف عن مصدر هذا الالتزام، سواء أكان معاهدة دولية أو قاعدة عرفية أو مبدأ من مبادئ القانون الدولي.

---

[1] لذلك، جاء بالمبدأ الخامس والخمسين من إعلان استكهولم، وجوب أن الدول تتعاون من أجل مزيد من تطوير القانون الدولي فيما يتعلق بالمسؤولية والتعويض عن الأضرار البيئية.

[2]Provost: International criminal environmental law clarendon press. OXFORD.1999, p439.

[3]عبد العزيز مخيمر: دور المنظمات الدولية، مرجع سابق، ص76.

[4]أحمد بلقاسم: المسئولية الدولية الناشئة عن الفعل الدولي غير المشروع وعوائق تقنينها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد الأول، الجزائر، ديسمبر 2009م، ص139.

الحالة الثانية: قيام الدولة بنشاط مشروع ولكنه يتسم بخطورة:

وهنا يُنسب لهذه الدولة المسئولية الدولية على أساس **نظرية المخاطر**، أو كما أسمتها لجنة القانون الدولي" **الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي**، ويكون هذا **النشاط المشروع المُتسم بالخطورة**، هو الفعل المُنشئ للمسئولية الدولية[1].

ووفقاً لهذه الحالة، تُعد الدولة مسئولة عن الأضرار التي يُرتبها هوائها الملوث العابر للحدود، إذا توافر الآتي:

1) وقوع فعل خاطئ من شخص من أشخاص القانون الدولي، كالدولة مثلاً.

2) أن يَكون الفعل الخاطئ المنسوب للدولة مصدراً لمسئوليتها الدولية[2].

3) أن يترتب على الفعل الخاطئ أضرار لشخص آخر من أشخاص القانون الدولي[3].

والحقيقة أن المسئولية محل البحث تمتاز بصفتين مهمتين، هما: الدولية والاقتصادية، لذا، أوضح في التالي أهم مظاهر لهاتين الصفتين، وهما: المسئولية **الموضوعية** للدولة جراء الأضرار التي يُسببها هوائها الملوث العابر للحدود في أقاليم الدول الأخرى، والتعويضات التي تلتزم الدولة بالوفاء بها للمتضررين أو ما يُسمى بمبدأ **الملوث الدافع**.

المطلب الأول

مسئولية الدولة الموضوعية عن هوائها الملوث العابر للحدود

مرت المسئولية الدولية بتطورات عديدة، أهمها فكرة المسئولية الموضوعية، حيث تستند هذه المسئولية في موضوعها ومحلها لفكرة الضرر الناشئ عنها والذي يُحقق تلوثاً بيئياً ثابتاً.

لذلك، تمثل الأساس القانوني للمسئولية الموضوعية في أن أغلب الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي هي **أضرار ناجمة عن أنشطة مشروعة** للدول المتسببة فيها، أو **أنشطة مشروعة وفقاً لمعايير القانون الدولي**، ومن المُتعذر إثباتها أو إثبات عدم مشروعيتها.

---

[1] نعيمة عميمر: النظرية العامة لمسئولية الدولة الدولية في ضوء التقنين الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2010م، ص47.

[2] معمر رتيب محمد عبد الحافظ: المسئولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار النهضة العربية، 2007م، ص333.

[3] أحمد بلقاسم: المسئولية الدولية الناشئة عن الفعل الدولي غير المشروع وعوائق تقنينها، مرجع سابق، ص 445.



وللتغلب عل ذلك، قامت المسؤولية الدولية الموضوعية على أساس توافر ركنين فقط من أركان المسئولية، هما ركني الضرر وعلاقة السببية بين الضرر والنشاط الذي تقوم به الدولة[1].

ويري أنصار النظرية الموضوعية أن عدم اعتبار الخطأ ركن من أركان المسؤولية الدولية الموضوعية، يتناسب وطبيعة الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي، حيث أن العمل بهذه النظرية سيُحقق أهم أهداف تقدير المسؤولية، إذ يؤدي إلى الحصول على تعويض من جراء الأنشطة الضارة بالبيئة، التي تقوم بها الدولة، دون أن يكون مصحوباً بعناء إثبات ركن الخطأ، وهو الأمر الذي يشق على المتضرر في أغلب أضرار التلوث البيئي[2]، فضلاًعن أنه قد لا تتوافر حالة من حالات الخطأ المفترض.

فالمسئولية الموضوعية (المطلقة) تعني المسئولية التي تترتب على عاتق الدولة بسبب الأضرار الناشئة عن أنشطة مشروعة ولكنها تنطوي على مخاطر جمة بغض الطرف عن وجود تقصير أو إهمال أو خطأ في جانب الدولة أو مُشغل الجهاز الخطر[3].

لذلك، أصبحت المسؤولية الموضوعية صماماً قانونياً لضمان حقوق المتضررين وتسهيل تعويض الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة في الحالات التي يعجزون عن إثبات ركن الخطأ فيها في مواجهة المسئول[4].

ويعتمد الأساس القانوني للمسؤولية الموضوعية، على فكرة **"تحمل التبعة"**، والتي مؤداها، أن الطبيعة الخاصة للأنشطة الصناعية الحديثة المُسببة للأخطار التكنولوجية، والتي تُحدث– بلا شك – تلوثاً غير مُعتاد للبيئة ويصعب إسناد تبعة الخطأ فيها على المسئول وفقاً للقواعد التقليدية للمسؤولية من ضرورة توافر الخطأ والضرر ورابطة السببية.

لذا يقتضي الأمر إلقاء تبعة هذه المسئولية على المسئول الذي يمارس النشاط الصناعي المُحدث للتلوث الهوائي بغض النظر عن إثبات الخطأ[5].

---

[1] سفيان قوق: أساس المسئولية الدولية عن التلوث البيئي، جامعة عمار الثليجي، الأغواط، بدون سنة نشر، ص33.

[2] أحمد محمود سعد: استقراء القواعد والمسؤولية المدنية في المنازعات التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 123 وما بعدها.

[3] معمر رتيب عبدالحافظ: مرجع سابق، ص349، إبراهيم عبدربه إبراهيم: المسئولية الجنائية الدولية عن انتهاكات البيئة في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ورقة بحثية مُقدمة لمؤتمر القانون والبيئة، كلية الحقوق، جامعة طنطا، في الفترة من 23-24 أبريل 2018م، ص11.

[4] علواني امبارك: المسئولية الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص239.

[5] علواني امبارك: المسئولية الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص239.

مميزات الأخذ بفكرة المسئولية الدولية الموضوعية:

فضلاً عن أن الأخذ بنظرية المسئولية الموضوعية، والاكتفاء بوقوع الضرر والعلاقة السببية بينه وبين النشاط الذي أحدثه، سيؤدي لفتح المجال أمام حصول المتضررين على التعويض المناسب والعادل لما لحقهم من جراء الأنشطة اليومية، والتي لا يمكن وصفها بأنها تُشكل خطأً أو عملاً غير مشروع[1].

ومن جهة ثانية، فإن المسئولية الدولية في مجال التلوث الهوائي العابر للحدود، تمتاز بكونها **موضوعية**، بمعني أن البحث فيها وإثبات قيامها وأحكام الرجوع على المسئول، لا يُنظر فيه إلى عنصر الخطأ وإثباته، بل هي تستند إلى موضوعها أو محلها أي إلى **الضرر الحاصل**[2].

ومن جهة ثالثة، تمتاز هذه المسئولية بكونها مسئولية **مُركزة** في شخص المستغل، حيث تبحث عن أشخاص المسئولية لا عن الأخطاء المُقترفة.

ومن جهة رابعة، هي مسئولية **محددة التعويض**، لأنها تُلزم المسئول بتعويض الضرر البيئي دون تكليفه بإثبات أي خطأ[3].

وبالتالي، يمكن إسناد المسئولية عن تلوث الهواء العابر للحدود، للضرر لا إلى الخطأ الثابت أو حتى الخطأ المُفترض، لذلك يُطلق الفقه على هذه المسئولية لفظ "**المسئولية البيئية المطلقة**"[4].

المطلب الثاني

مبدأ المُلِوث الدافع

يُعد مبدأ الملوث الدافع أحد أبرز الآليات الاقتصادية المنتهجة من طرف الدول باعتباره أهم المبادئ التي جاء بها القانون البيئي الدولي لحماية البيئة، لا سيما بعد ارتفاع ظاهرة التلوث جراء النهضة الاقتصادية في مختلف أنحاء العالم[5].

[1] فالمسؤولية تبدأ بضرر وتنتهي بتعويض ولا توجد رابطة ضرورية بين البداية ونقطة الوصول. محمد توفيق سعودي: التلوث البحري ومدى مسئولية صاحب السفينة عنه، دار الأمين، القاهرة، 2001م، ص92 وما بعدها.

[2] تستند المسئولية الموضوعية في المقام الأول إلى توفير ضمان وحماية وجبر للأضرار الناشئة عن التلوث الهوائي العابر للحدود.

[3] محمد حسونة: مسئولية الدولة عن أضرار التلوث البيئي، مرجع سابق، ص63.

[4] محمد حسونة: مسئولية الدولة عن أضرار التلوث البيئي، مرجع سابق، ص61.

[5] مسعودة صغير: مبدأ الملوث الدافع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصد مرباح – ورقلة، مذكرة لاستكمال درجة الماجستير، 2017م، ص ب.

وأساس مبدأ الملوث الدافع شرعاً هو قاعدة "الغنم بالغرم"، فالدولة التي تُمارس نشاط ملوث تغتنم من نشاطها، وبالمقابل يتسبب بأضرار للغير وللمحيط البيئي بكافة مجالاته، فإنه واستناداً لمقتضيات العدالة عليها أن تُساهم المتضررين في نفقات الوقاية من التلوث عن طريق التعويضات التي تدفعها[1].

المقصود بالمبدأ:

يُقصد بمبدأ الملوث الدافع، وجوب أن يتحمل الطرف الملوث للبيئة، كافة تكاليف التدابير الوقائية ومكافحة التلوث والوقاية من أضراره.

علاقة مبدأ الملوث الدافع بالمبادئ البيئية الأخرى:

لمبدأ الملوث الدافع علاقة وطيدة **بمبدأ الحيطة** وهو مبدأ مهم، مؤداه وجوب اتخاذ تدابير احتياطية لمكافحة أضرار لم يتوصل العلم بعد إلى تأكيد وقوعها وتحقيقها وإنما ينتابها نوع من الشك والريبة[2].

ويُعد مبدأ الحيطة من المبادئ المرجعية في بعض النشاطات البيئية التي تُقام المسئولية فيها على أساس المخاطر غير المتوقعة، لا سيما في المجالات الدولية العلمية.

على ذلك، فلمبدأ الحيطة دوراً استباقياً في منع وقوع الضرر أو تخفيفه قدر الإمكان، بينما يأتي دور مبدأ الدافع الملوث علاجياً يهدف إلى إصلاح الضرر الحادث قدر الإمكان.

ومن جهة ثانية، لمبدأ الملوث الدافع علاقة وطيدة **بمبدأ المسئولية المشتركة**، والذي يقوم على فكرة أساسية مؤداها اشتراك الدول كافة، على اختلاف ظروفها وحجم مواردها ونشاطات قطاعاتها، عن المشكلات البيئية.

فكما اشتركت جميع الدول في إحداث الضرر البيئي، فيجب اشتراكهم أيضاً في مواجهة هذه الأضرار وتحمل المسئوليات الناجمة عن ذلك[3].

هذه المسئولية المشتركة أكدها المبدأ السابع عشر من إعلان ريو دي جانيرو، بنصه:" تتعاون الدول بروح المشاركة العالمية في حفظ وحماية واسترداد صحة وسلامة النظام الإيكولوجي للأرض، وبالنظر إلى المساهمات المختلفة في التدهور العالمي للبيئة، يقع على عاتق الدول مسئوليات مشتركة، وإن كانت متباينة، وتسلم البلدان

---

[1] قرب من ذلك: وفاء بلحاج: التعويض عن الضرر البيئي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013م، ص45.

[2] صافية زيد المال: حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة علي ضوء أحكام القانون الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو، 2013م، ص349.

[3] عبد الناصر زياد هياجنه: القانون البيئي، مرجع سابق، ص90، محمد بواط: فعالية نظام المسئولية الدولية في حماية البيئة من التلوث، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، ص173.



المتقدمة النمو التي يتحملها في السعي على الصعيد الدولي، إلى التنمية المستدامة بالنظر إلى الضغوط التي تُلقيها على كامل البيئة العالمية وإلى التكنولوجيا والموارد المالية التي تستأثر بها[1].

وقد ساهم مبدأ المسئولية المشتركة في توسيعه لمسئولية مُحدثي الأضرار البيئية ومن ثم تشاركهم في إعادة الأمور إلى ما كانت عليها قبل قيامهم بأفعالهم المُضرة بالبيئة، من خلال استخدامهم للإعانات المالية وغير المالية، كإحدى أدوات إعادة الحال البيئي إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر[2].

مُميزات المبدأ:

تبلورت مميزات مبدأ **"الملوث يدفع"** بخصائص متعددة[3]، وفق المراحل المختلفة لتطوره، نذكر منها مثالاً:

1) أنه مبدأ اقتصادي: لأنه يُحمل مُحدث التلوث البيئي، تكاليف إزالته من خلال إلزامه بدفع التعويض المناسب.

2) أنه مبدأ قانوني: لانسجامه مع فكرة العدالة، من خلال إلزام مُحدث الضرر بتحمل تبعاته، بإلزامه بالوفاء بتكاليف إصلاحه، وبالتالي من الممكن أن يُشكل مبدأ الملوث الدافع صورة من صور المسئولية الموضوعية كأساس للمسئولية عن الأضرار البيئية، ولكن في صيغة جديدة تختلف عن الأسس التي تعتمد عليها المسئولية المدنية سواء في صورتها الكلاسيكية أو الحديثة[4].

3) أنه مبدأ مرن: فيمكن إنفاذه تشريعياً بوسائل متعددة، من خلال فرض الجزاءات المالية والجزائية والمدنية والإدارية على الملوث، ووضع قواعد فَعالة للمسئولية المدنية عن الإضرار بالبيئة، تتلاءم وخصوصيات الضرر البيئي والمسائل الفنية المرتبطة به.

مظاهر أهمية المبدأ:

لمبدأ الملوث يدفع أهمية كبيرة، تظهر هذه الأهمية من خلال تبني الكثير من المواثيق والمعاهدات الدولية له، حيث نصت المادة السادسة عشرة من إعلان ريودي جانيرو الخاص بالبيئة والتنمية على أن:" يجب على السلطات الوطنية أن تسعى لضمان تحمل المسئولين للتبعات البيئية وكذلك تعزيز استخدام الأدوات الاقتصادية آخذة بعين الاعتبار أن الملوث يجب – من حيث المبدأ – أن يتحمل مسئولية التلوث ومراعية في

---

[1] عبد الناصر زياد هياجنه: القانون البيئي، مرجع سابق، ص90.

[2] للمزيد من العلاقة بين المبدأين، انظر: مسعودة صغير: مبدأ الملوث الدافع، 2017م، مرجع سابق، ص10 وما بعدها.

[3] فضلاً عن هذه الخصائص، يسعي مبدأ الملوث يدفع إلى تحقيق هدفين بارزين، **أحدهما**: إلزام الملوث بدفع التكاليف والتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار البيئية التى نتجت عن نشاطه الملوث، **والثاني**: منح الأشخاص حافزاً مالياً لتصويب نشاطاتهم وإتباع تقنيات صديقة للبيئة وغير ملوثة لها حال ممارستها. عبد الناصر زياد هياجنه: مرجع سابق، ص71.

[4] محمد رحموني: آليات تعويض الأضرار البيئية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2016م، ص147.



ذلك المصلحة العامة وألا تؤدي الإجراءات المتخذة في هذا الشأن إلى التأثير سلباً على التجارة والاستثمار الدوليين"[1].

المبحث الثاني

مسئولية الدولة المدنية عن هوائها الملوث العابر للحدود

تُعرف المسؤولية المدنية، بوجه عام، بأنها:" التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر"[2].

ولا تقتصر القواعد العامة للمسئولية المدنية في التطبيق على دعاوى المسئولية المدنية التي تنشأ بين الأفراد الطبيعيين، بل من الممكن تطويع هذه القواعد العامة للتطبيق على دعاوى المسئولية المدنية الدولية في مجال الأضرار البيئية عموماً والأضرار الناشئة عن تلوث الهواء العابر للحدود خصوصاً.

من هذا المنطلق، يجب ألا تخرج أي قواعد جديدة للمسئولية المدنية عن الأضرار البيئية عن أطر القواعد التقليدية للمسئولية عموماً، مع الأخذ في الحسبان المشكلات الكثيرة التي قد تُثيرها المسئولية المدنية الدولية عن تلوث الهواء العابر للحدود[3].

أركان المسئولية المدنية الدولية:

تستند المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية لأركانها المتمثلة في: الخطأ البيئي(الإضرار) والضرر البيئي ورابطة السببية، فهذه الأركان الثلاثة يجب توافرها حال الحديث عن المسؤولية المدنية بنوعيها العقدي والتقصيري، **وفي المسؤولية المدنية التقصيرية** سواء كان الحديث بمجال **مسؤولية الشخص عن أفعاله الضارة بالغير** أو كان الحديث بمجال **مسؤولية الشخص عن فعل الغير**، كمسؤولية متولي الرقابة عمن هم تحت رقابته وكمسؤولية المتبوع عن عمل التابع، وأخيراً إذا كان الحديث عن **مسؤولية الشخص الناشئة عن الأشياء**، كمسؤولية حارس الحيوان ومسؤولية حارس البناء والمسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء والآلات الميكانيكية.

---

[1] هذا النص ترجمة تقريبية لنص المادة 16 من الإعلان المذكور.

[2] حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء الفقه الإسلامي والنظام المدني، ط1، 2018م، ص213.

[3] حيث وجود نشاط دولي يصعب وضع معيار ثابت له حتى يمكن القول أن الأركان التقليدية للمسئولية ثابتة لا تتغير في كل نوع من المسئولية، ومن هنا وجب البحث عن حلول جديدة بعيدة عن المسؤولية التقليدية، ولكن في كل حالة يمكن تطبيق النظرية التي يسري عليها الفعل، فقد تكون المسئولية؛ قائمة على الخطأ واجب الإثبات أو مسئولية بلا خطأ، كالمسؤولية المفترضة أو المسئولية الشيئية أو المسئولية التبعية. انظر: علواني امبارك: المسئولية الدولية، دكتوراه، مرجع سابق، ص245.

لذا، للمسئولية المدنية البيئية أركان ثلاثة لابد من توافرها للحكم بالتعويض للمضرور، وهذه الأركان هي الخطأ البيئي والضرر البيئي وعلاقة السببية بينهما.

1) الخطأ البيئي:

لا فرق بين أن يؤدي التلوث إلى الإضرار بالبيئة أو التأثير على عناصرها بشكل سلبي أو أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن البيئي أو يؤدي إلى التأثير على ممارسة الإنسان لحياته الطبيعية، فجميع هذه الأضرار ناتجة عن **خطأ** تُحدثه الدولة أو أحد أجهزتها العامة أو الخاصة أو الأشخاص الطبيعيين الذين يزاولون أنشطة قريبة من تلك التي تمارسها الدولة.

غير أن الحديث عن الخطأ كركن للمسؤولية المدنية التقصيرية، قد يختلف بحسب محل كل قسم من أقسام المسئولية التقصيرية سالفة البيان، بحيث يكون **خطأً واجب الإثبات أحياناً وخطأً مُفترضاً أحياناً أخرى**[1].

ويُعرف **الخطأ** عموماً، بأنه:" كل فعل يُقيم المسؤولية الشخصية لفاعله، أي ضرورة أن يُشكل هذا الفعل خطأً بالمعنى القانوني"[2]، وكذا يُعرف **الخطأ**، بأنه:" انحراف في السلوك لا يرتكبه الشخص الحريص إذا ما وُجد في نفس الظروف الخارجية للمتسبب في الضرر"، أو هو:" نشاط إرادي لا يتفق مع واجب الحيطة والحذر"، أو هو:" فعل أو امتناع غير مُرخص به قانوناً، ومستقلاً عن العقد"[3].

ويمتاز **الخطأ البيئي** المُضر للبيئة بجسامته، كالخطر التكنولوجي الذي يرتبط بالأخطار الصناعية والناتج عن التقدم الصناعي، فالأخطار التكنولوجية تبدو وكأنها مأساة[4].

وتتحقق المسئولية سواء كان الخطأ مُتعمداً من جانب مُحدثه أو دون تعمد، وسواء كان الخطأ نتيجة إهمال أو عدم حيطة، ويستوي كذلك أن يكون الخطأ إيجابي يتمثل في قيام المسئول بالنشاط الضار بالبيئة أو سلبي يتمثل في النكول عن القيام بعمل كان ينبغي عليه القيام به[5]، مما يؤثر على البيئة، كعدم إخطار شخص مسئول عن حماية البيئة عن ضرر بيئي يقع أمامه.

---

[1] حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص215.

[2] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998م، ص18.

[3] حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص217.

[4] سعيد سعد عبد السلام: مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص24.

[5] أحمد محمود سعد: استقراء لقواعد المسئولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، مرجع سابق، ص173.



وقد وضع المشرع البيئي السعودي التزامات محددة على عاتق الأفراد والأشخاص المعنوية بشأن المحافظة على البيئة، وينطبق ذلك على كافة القوانين الأخرى التي تنص على مسائل متعلقة بالبيئة.

ويُعد من قُبيل الخطأ البيئي (الإضرار بالبيئة) في مفهوم النظام العام للبيئة السعودي كلاً من الأفعال الآتية[1]:

- إدخال النفايات الخطرة أو السامة أو الإشعاعية إلى المملكة العربية السعودية، ويشمل ذلك مياهها الإقليمية أو المنطقة الاقتصادية الخالصة.

- عدم التزام القائمين على إنتاج أو نقل أو تخزين أو تدوير أو معالجة المواد السامة أو المواد الخطرة والإشعاعية أو التخلص النهائي، بالإجراءات والضوابط التي تُحددها اللوائح التنفيذية.

- إلقاء أو تصريف أي ملوثات ضارة أو أي نفايات سامة أو خطرة أو إشعاعية من قِبْل السفن أو غيرها في المياه الإقليمية للمملكة أو المنطقة الاقتصادية الخالصة.

وتُشكل الأفعال المخالفة السالفة مع غيرها، ركن الإضرار بالبيئة[2] كأساس للمسئولية المدنية عن الإضرار بالبيئة، فهذا الأخير يتحقق في جميع الحالات التي يؤدي فيها سلوك الشخص إلى تلوث البيئة وتدهورها بالمفهوم المُحدد في النظام العام للبيئة السعودي.

2) <u>الضرر البيئي:</u>

يُعتبر الضرر الركن الأساسي الذي ينبعث منه التفكير في مُساءلة محدثه وتحريك دعوى التعويض في مواجهته. وقد استقر الرأي في النظرية العامة للمسؤولية المدنية على أن الضرر من الشروط الجوهرية لقبول دعوى المسؤولية[3] بنوعيها العقدي والتقصيري.

ويُعرف **الضرر** عموماً، بأنه:" أذىً يُصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة، ذات قيمة مالية، أم لم تكن كذلك"[4].

---

[1] نص المادة الرابعة عشرة من النظام العام للبيئة السعودي.

[2] عرفت الفقرة العاشرة من المادة الأولي من النظام العام للبيئة السعودي، التدهور البيئي، بأنه:" التأثير السلبي على البيئة بما يُغير من طبيعتها أو خصائصها العامة أو يؤدي إلى اختلال التوازن الطبيعي بين عناصرها، أو فقد الخصائص الجمالية أو البصرية لها".

[3] يوسف معلم: مرجع سابق، ص94

[4] سليمان مرقص: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية، الطبعة الخامسة، 1988م، ص133.

والضرر البيئي شرط أساسي لا تتحقق المسؤولية الدولية إلا به، سواء صدر من دولة أو منظمة أو أحد الكيانات الخاصة التابعة للدول، فلما كان الضرر بصفة عامة[1]، هو الشرط الأساسي لدعوى المسؤولية المدنية حيث لا مسؤولية مدنية بدون ضرر، ولا ضرر بدون المساس بمصلحة مشروعة يحميها القانون، فإن الضرر البيئي هو الأساس الجوهري في المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

ويُعرف **الضرر البيئي** بأنه:" الأذى الحال أو المستقبلي الذي ينال من عناصر البيئة، والمترتب على نشاط الشخص أو فعل الطبيعة والمتمثل في الإخلال بالتوازن البيئي، سواء كان صادراً من داخل البيئة الملوثة أم وارداً عليها"[2].

أو هو:" التلوث العابر للحدود ذو اتجاه واحد والذي يجد مصدره في دولة وينتج آثاره في دولة أو أكثر، أو التلوث ذو الاتجاهين والذي يجد مصدره في دولة وينتج آثاره في دولة أخرى، وتوجد في هذه الدولة الأخرى مصادر للتلوث تُنتج آثارها في الدولة الأولى".

وهو كما عرفته لجنة القانون الدولي:" الضرر الذي يقع في إقليم غير الدولة المصدر أو في أماكن أخرى موضوعة تحت ولاية تلك الدولة أو تحت سيطرتها، سواء وُجدت حدود مشتركة بين الدولتين المعنيتين أم لم توجد"[3].

ويتميز الضرر البيئي بمجموعة من الخصائص، أهمها:

- أنه **ضرر عام:** لتعلقه بجميع الأفراد في المجتمع دون استثناء[4].

- **وغير مباشر:** لأنه لا يُصيب الإنسان أو الحيوان أو الأشياء مباشرة، بل تتدخل وسائط من مكونات البيئة في إحداثه، كالماء والهواء.

- **وضرر مُتراخي:** فلا تتضح آثاره في غالب الأحيان، إلا بعد فترة زمنية طويلة، لذلك يُطلق عليه البعض تسمية الضرر التراكمي[5].

---

[1] الضرر هو: الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك". علي فيلالي: الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2002م، ص244.

[2] حسن حنتوش رشيد الحسناوي: دعوى التعويض عن الضرر البيئي، مجلة أهل البيت، العراق، العدد الثالث عشر، 2012م، ص60.

[3] بشير جمعة عبد الجبار الكبيسي: الضرر العابر للحدود عن الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013م، ص28.

[4] رضوان حوشين: الوسائل القانونية لحماية البيئة ودور القاضي في تطبيقها، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الفترة التكوينية، 2003م – 2006م، ص60.

[5] جميلة حميدة: النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011م، ص93.



- **وضرر ذو طابع انتشاري ومُمتد:** لأنه لا يعتد بالحدود الجغرافية ولا بالفترة الزمنية، فهو واسع النطاق يصعب التحكم فيه.

لذلك يختلف **الضرر البيئي**، حسب خصائصه السالفة، عن **الضرر العادي**، لأن الأول يُعد ضرراً جماعياً يمس ممتلكات مشتركة للإنسان، والتي منها الهواء، حينما يتم تلويثه **بمعدلات مرتفعة**[1]، فيترتب عليه إصابته بالأمراض المختلفة.

من هذا المنطلق، أصبح الضرر البيئي الناتج عن تلوث الهواء مشكلة واقعية تتحقق بها مسئولية الدولة في مواجهة المجتمع الدولي[2]، لذا، تُعد المسئولية الدولية عن الأضرار البيئية، جزء لا يتجزأ من أي نظام قانوني[3].

وبالتالي، ظهرت الحاجة لتطوير وتطويع قواعد القانون المدني حتى تستوعب الطبيعة الخاصة للضرر البيئي، سواء فيما يتعلق بأساس المسئولية أو بطبيعة الضرر المطلوب إصلاحه ومواجهة خصوصية المسئولية المدنية عن الأضرار البيئية مع الاهتمام بالركائز الأساسية للقانون المدني وإعمالها في مجال حماية البيئة.

ومن جهة أخرى، فالأضرار البيئية لا تظهر آثارها بشكل فوري ومباشر، فقد تستغرق وقتاً طويلاً قد يمتد إلى أجيال متعاقبة وسلسلة من الأضرار المتراكمة، بيد أن كل ذلك لا يمنع من إمكانية التعويض عنها، فإعادة التوازن البيئي خير تعويض للضرر[4].

ويُعرف **الضرر العابر للحدود**، على أنه:" التلوث العابر للحدود ذو اتجاه واحد والذي يجد مصدره في دولة وينتج آثاره في دولة أو أكثر، أو التلوث ذو اتجاهين والذي يجد مصدره في دولة وينتج آثاره في دولة أخرى وتوجد في هذه الدولة الأخرى مصادر للتلوث تنتج آثارها في الدولة الأولى"[5].

[1] يتم قياس هذه المعدلات لمعرفة مقدارها بمقاييس الجودة البيئية، والتي يُقصد بها:" حدود أو نسب تركيز الملوثات التي لا يُسمح بتجاوزها في الهواء أو الماء أو اليابسة".

[2] ذكرت دراسة لموقع Eco Experts المتخصص بدراسات البيئة، أن معظم دول الخليج العربي تتصدر قوائم الدول التي تُعاني من التلوث، وهو أمر يستدعي من هذه الدول المُرفهة أن تبذل جهوداً أكبر للتخلص من هذه المشكلة البيئية عن طريق اللجوء إلى استخدام الطاقة المتجددة المُستمدة من الموارد الطبيعية التي تتجدد، كالرياح والمياه وأشعة الشمس وحركة الأمواج في البحار والمدّ والجزر والطاقة الحرارية الأرضية. من مقال للكاتب داود الفرحان (كاتب عراقي)، بعنوان: تلوث البيئة.... "المفلس في القافلة أمين"، منشور بالعدد 14679 بتاريخ الثلاثاء الموافق 30 جمادى الأولى 1440هـ، 5 فبراير 2019م.

[3] تتوقف مدى فعالية النظام القانوني، على مدى نضوج قواعد المسئولية فيه، بما تكفله من ضمانات ضد مخالفة الالتزامات القانونية. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون الحماية البيئية، بدون ناشر وسنة نشر، ص445.

[4] سعيد سعد عبد السلام: مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، مرجع سابق، ص24.

[5] أحمد محمود سعد: مرجع سابق، ص66 وما بعدها.



وعرفته لجنة القانون الدولي، بأنه:" الضرر الذي يقع في إقليم غير الدولة المصدر أو في أماكن أخرى موضوعة تحت ولاية تلك الدولة أو تحت سيطرتها سواء وجدت حدود مشتركة بين الدولتين المعينتين أم لم توجد"[1].

ويفترض الضرر البيئي العابر للحدود وجود إقليمين، أحدهما يُمثل مكان ممارسة النشاط ويُسمى بالدولة المصدرة، والآخر يُمثل المكان المتأثر بمخاطر النشاط ويسُمى بالدولة المتأثرة وهو ضرر عادي كإجراء نشاط نووي تترتب عليه آثار عابرة للحدود[2].

على هذا النحو، تتميز الأضرار البيئية الناتجة عن الهواء الملوث العابر للحدود بميزتين مهمتين، **الأولى:** العمومية والتي يُقصد بها امتداد آثار الأضرار البيئية لأجيال متعاقبة وغالباً لا يمكن حصرها، **والثانية:** عدم تحديد مصادرها بصفة قاطعة.

فيصعب التعرف على آثار أضرار تلوث الهواء العابر للحدود، إذا ما ظهرت نتائجه بعد فترة طويلة من الزمن، مع احتمال أنه قد يُسهم في إحداث هذه الأضرار مصادر أخرى، مما يُتعذر معها تحديد مصدرها الحقيقي[3].

3) رابطة السببية:

تُعد رابطة السببية ركناً لازماً لانعقاد المسئولية المدنية وتحديد مدى التعويض، كأثر قانوني يترتب على انعقادها، فهي الحلقة الأخيرة التي يترتب عليها ثبوت المسئولية المدنية للملوث في مواجهة المضرور.

ويُقصد برابطة السببية في المسؤولية المدنية البيئية، هو **وجود ارتباط مباشر بين الخطأ البيئي**، سواء كان خطأً إيجابياً أو خطأً سلبياً، **وبين الضرر البيئي الواقع**، سواء على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أو على الكائنات الحية أو كل من تسبب في الإضرار به عموماً، ولأن رابطة السببية تُشكل الركن الثالث من أركان المسئولية المدنية التقصيرية، فلا يلتزم المُخطئ **بالتعويض** إلا إذا كان خطئه هو السبب في الضرر البيئي.

ويُشترط لتحقق رابطة السببية في المسئولية المدنية البيئية أن تكون رابطة **واقعية** يترتب عليها آثار قانونية معينة وأن يكون الضرر البيئي نتيجة حتمية ولازمة للخطأ البيئي وأن تقوم رابطة السببية على الخطأ

[1] أوتفات يوسف: الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود، مقال منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، الجزائر، العدد21، ص 99.

[2] وهي بطبيعتها أضرار تمس الأشخاص، كفقدان الحياة والإصابة الجسمانية أو أضرار على الصحة، كما تمس الأشياء كالأضرار التي تلحق الممتلكات والأموال الأمر الذي يجعلها غير قابلة للاستعمال، وكما تمس المناطق كالناقلة البترولية الإفريقية التي تسببت في تلوث أدى إلى التأثير في استخدام إسبانيا لسواحلها. صافية زيد المال: مرجع سابق، ص36.

[3] سعيد سعد عبد السلام: مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، مرجع سابق، ص30 وما بعدها.

المُنتِج للضرر وأن تُحدد رابطة السببية الفعل الصادر من مُحدث الخطأ البيئي وعما إذا كان إيجابياً أو سلبياً، ويُعتبر هذا الخطأ سبباً في إحداث الضرر البيئي[1].

وتكتسب رابطة السببية بين الخطأ البيئي (الإضرار) والضرر البيئي في مجال المسئولية المدنية عن أضرار التلوث الهوائي، أهمية بالغة بسبب **صعوبة إثباتها**، نظراً لتعقيد الأنشطة والعمليات التي تؤدي إلى تلوث الهواء.

لذلك عمدت بعض التشريعات[2] إلى **افتراض قيام رابطة السببية بين الضرر ونشاط مُحدثه، إذا اتسمت طبيعة هذا النشاط بالخطورة، أو كان من شأنها أن تؤدي إلى مثل الأضرار التي أصابت المضرور.**

وتنتفي رابطة السببية إذا توافرت شروط الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ المتضررين أو خطأ الغير[3].

وتنقسم المسئولية المدنية قسمين: **الأول** المسؤولية العقدية **والثاني** المسؤولية التقصيرية، أو المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع أو المترتبة على الفعل الضار.

ويتم التعرض فيما يلي للأساس القانوني للمسئولية المدنية للدولة عن هوائها الملوث العابر للحدود **ونوعي** هذه المسئولية التقصيري والعقدي، كل في مطلب مستقل، وفقاً للتالي.

المطلب الأول

الأساس القانوني للمسؤولية المدنية البيئية

باستقراء نصوص النظام العام للبيئة السعودي، يستوقفنا نص الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة من النظام العام للبيئة السعودي، الذي جاء على النحو الآتي:" على كل شخص يقوم بعمل قد يؤدي إلى حدوث **تأثيرات سلبية** على البيئة، أن يقوم باتخاذ الإجراءات المناسبة للحد من تلك التأثيرات أو خفض احتمالات حدوثها".

ونص المادة الثانية عشرة من ذات القانون، الذي جاء على النحو الآتي:" 1- يلتزم من يقوم بأعمال الحفر أو الهدم أو البناء أو نقل ما ينتج عن هذه الأعمال من مخلفات أو أتربة **باتخاذ الاحتياطات اللازمة للتخزين والنقل الآمن لها ومعالجتها والتخلص منها بالطرق المناسبة.** 2- يجب عند حرق أي نوع من أنواع الوقود أو غيره، سواء كان للأغراض الصناعة أو توليد الطاقة أو أي أنشطة أخرى، أن يكون الدخان أو الغازات أو الأبخرة

[1] علواني امبارك: المسئولية الدولية، مرجع سابق، ص254.

[2] كالتشريع الألماني للمسئولية البيئية. عبد الناصر زياد هياجنه: القانون البيئي، مرجع سابق، ص221.

[3] لمزيد من التفصيل: علواني امبارك: المسئولية الدولية، مرجع سابق، ص255، حسيني إبراهيم أحمد: مرجع سابق..

المنبعثة عنها والمخلفات الصلبة والسائلة الناتجة، **في الحدود المسموح بها في المقاييس البيئية**. 3- يجب على صاحب المنشأة **اتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لضمان عدم تسرب أو انبعاث ملوثات الهواء داخل أماكن العمل إلا في حدود المقاييس البيئية المسموح بها**. 4- يُشترط في الأماكن العامة المُغلقة وشبه المُغلقة، أن تكون مستوفية لوسائل التهوية الكافية بما يتناسب مع حجم المكان وطاقته الاستيعابية ونوع النشاط الذي يُمارس فيه، **وتحدد الاحتياطات والتدابير والطرق والمقاييس البيئية في اللوائح التنفيذية**".

ونص المادة الثالثة عشرة من ذات القانون، الذي جاء على النحو الآتي:" يلتزم كل من يُباشر الأنشطة الإنتاجية أو الخدمية أو غيرها باتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق ما يأتي:1- عدم تلوث المياه السطحية أو الجوفية أو الساحلية بالمخلفات الصلبة أو السائلة بصورة مباشرة أو غير مباشرة. 2- المحافظة على التربة واليابسة والحد من تدهورها أو تلوثها. 3- الحد من الضجيج وخاصة عند تشغيل الآلات والمعدات واستعمال آلات التنبيه ومكبرات الصوت، وعدم تجاوز حدود المقاييس البيئية المسموح بها المبينة في اللوائح التنفيذية".

يُستفاد من هذه النصوص مجتمعة أنها ألزمت كل شخص، طبيعي أو اعتباري، **يقوم بعمل - من المحتمل - أن يُؤثر سلبياً على البيئة**، القيام باتخاذ الإجراءات المناسبة للحد من تلك التأثيرات أو خفض احتمالات حدوثها وعدم تجاوز حدود المقاييس البيئية المسموح بها.

وبتطبيق ما سلف على دعاوى المسئولية نتيجة الأفعال التي تؤدي للإضرار بالبيئة من خلال تلوث الهواء العابر للحدود، **نجد أن الأساس القانوني للمسئولية المدنية البيئية يتمثل في قيام الدولة بأفعال تؤدي للتأثير السلبي علي البيئة**.

المطلب الثاني

نوعي المسئولية المدنية للدولة عن هوائها الملوث العابر للحدود

أولاً: المسؤولية المدنية التقصيرية:

لا تقتصر القواعد العامة للمسئولية المدنية على أحكام المسئولية المدنية عن الفعل الضار، بل تشمل أيضاً الأحكام الخاصة بالاستعمال غير المشروع للحق أو ما يُعرف في فقه القانون المدني بالقواعد الخاصة بأضرار الجوار أو بالتعسف في استعمال الحق[1].

[1] لا شك أن الشخص إذا استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا تُتصور مساءلته، ولو لحق غيره ضرر جراء هذا الاستعمال، وهو ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدني المصري، بقولها:" من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".



وتعكس مشكلة تلوث الهواء العابر للحدود، أثرها على النظام القانوني للمسؤولية المدنية الدولية، من حيث بيان كيف يتسنى للمتضررين الرجوع على المسئول بالتعويض والبحث عن علاقة السببية بين الأنشطة المختلفة التي أصابته بالضرر وعلاقتها بالمسئول، فكل هذه، والحالة محل البحث، مُفترضات قانونية صعبة الإثبات[1].

وينحو الاتجاه الحديث في المسئولية نحو عدم اشتراط أغلب الأنظمة القانونية لارتكاب المسئول خطأً[2] كشرط لثبوت مسئوليته ومن ثم تحمله بالتعويض، الأمر الذى نجد له أهمية كبيرة في مجال الأنشطة الاقتصادية والعمليات المختلفة التي تؤدي إلى الإضرار بالبيئة[3].

وقد يتحقق **الخطأ التقصيري** بسلوك إيجابي أو سلبي، أو من خلال سلوك عمدي أو غير عمدي، أو في صورة خطأ مهني، يصدر عن الشخص أثناء مباشرة مهنته، أو في صورة التعدي على حق من الحقوق، أو في صورة التعسف في استعمال الحق... الخ.

مُجمل القول في مُقام **القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية**، أن كل سلوك ينحرف فيه الشخص عن سلوك الشخص المعتاد، في نفس ظروفه، فيؤذي به غيره، الذي لا تربطه به علاقة عقدية، أو تربطه به علاقة عقدية لكن السلوك الضار مُنبت الصلة عن هذه العلاقة، يُعد خطأً تقصيرياً يستوجب مسئوليته، متى تضرر الغير منه[4].

ويقوم الخطأ في المسئولية التقصيرية على ركنين، هما: التعدي والإدراك.

ومن تطبيقات الخطأ التقصيري، الاعتداء الذى يقع على حق من الحقوق العامة، خطأً تقصيرياً يستوجب مسئولية مُرتكبه، أياً كان هذا الحق، سواء أكان من الحقوق التي تستهدف حماية الكيان المادي للإنسان[5] أو غير ذلك من الحقوق الأخرى.

وفي مجال المسئولية المدنية التقصيرية عن الهواء الملوث العابر للحدود، تُعتبر المسؤولية عن خطأ التلوث الهوائي العابر للحدود، **إخلال بالتزام قانوني** للدولة التي ارتكبت جريمة بيئية نتج عنها ضرراً لدولة أخرى، **أساسه مبدأ المسئولية عن مضار الجوار والتعسف في استعمال الحق**، فتصبح مُجبرة على تعويض هذا

---

[1] عزيز كاظم جبر: الضرر المرتد وتعويضه في المسئولية التقصيرية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998م، ص9.

[2] راجع ما سلف شرحه في هذا الصدد فيما يتعلق بالمسئولية الدولية الموضوعية.

[3] فبعض العمليات والأنشطة ضارة بطبيعتها وتُلحق الضرر بالبيئة أو بأحد عناصرها، كالهواء مثلاً، حتي لو مارس المُشغل لهذا النشاط أقصي درجات الحيطة والتبصر، فضلاً من أن الطابع الفني والتقني الذى يحكم ممارسة بعض الأنشطة الصناعية يجعل من العسير على المضرور المدعي إقامة الدليل على خطأ المسئول. عبد الناصر زياد هي اجنه: القانون البيئي، مرجع سابق، ص216.

[4] حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص219.

[5] كحق الإنسان في الحياة وحقه في العيش في بيئة نظيفة خالية من التلوث.

الضرر، وهذا الالتزام ليس الغرض منه سوى تعويض الضرر، ومن ثم فهو صورة صادقة وترجمة حقيقة للواقع في حالة حدوث خطر بيئي[1].

ثانياً: المسؤولية المدنية العقدية:

يتمثل الأساس الجوهري للمسؤولية العقدية في ركن الخطأ العقدي الذي يتجسد في عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التأخر في تنفيذ الالتزام العقدي أو التنفيذ المعيب للالتزام العقدي[2].

وتنشأ دعوى المسؤولية العقدية في مجال التلوث الهوائي العابر للحدود متى قامت بين المضرور ومُحدث الضرر علاقة عقدية، وهو أمر **نادر الوقوع** في المجال الدولي[3].

لذا، يتعاظم دور المسؤولية المدنية في مواجهة الأضرار البيئية كل يوم، نظراً لقصور النظم الحاكمة وتداخل الكثير من الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، فضلاً عن أن الأضرار البيئية لا تُصيب الدولة والمجتمع فقط، بل تُصيب الأفراد الطبيعيين أيضاً في مصالحهم الخاصة المتمثلة في **استنشاق هواء نظيف غير مُلوث**، ومن ثم يجب وضع حماية فعالة للأفراد، من الأضرار التي تقع عليهم من خلال تحمل المُتسبب في الضرر والتعويض عن تلك الأضرار[4].

من هذا المنطلق، فقد تصدى المشرع الدولي للمسؤولية المدنية اقتناعاً منه بدورها الفعال في مواجهة مشكلات حادة، والتي أفرزتها الأوضاع الحالية من تقدم علمي وصناعي، فاعتمد القانون الدولي على قواعد القانون المدني وطبقها في القضايا الحالية وأصبحت قواعد دولية مستقرة[5].

الخاتمة

من خلال ما سبق أوضحت دراسة بحث "المسئولية الدولية عن الهواء الملوث العابر للحدود" الاهتمام الدولي بالمحافظة على البيئة خالية من التلوث، فَسنت الأنظمة البيئية وعَقدت الاتفاقات الدولية المهتمة بالمحافظة على البيئة، وجاءت هذه الدراسة في مبحث تمهيدي تناول ماهية المسئولية الدولية والهواء المُلوثَ

---

[1] خالد مصطفي فهمي: الجوانب القانونية لحماية البيئة، مرجع سابق، ص154. قرر كل من النظام الأوروبي الخاص بالمسئولية عن الأضرار البيئية النافذ حالياً في ايطاليا وليتوانيا ولا تفيا والقانون الألماني للبيئة بالنسبة لبعض صور الإضرار بالبيئة **مسئولية مطلقة** لمن يُسبب بنشاطه الضرر للبيئة دون اشتراط تعمده أو تعديه. عدنان السرحان: المسئولية المدنية عن الأضرار البيئية في ضوء أحكام الفعل الضار في القانونين الأردني والفرنسي، مجلة المنارة، المجلد الخامس، ع 2، 2000م.

[2] حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص259.

[3] امبارك علواني: المسئولية الدولية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص245.

[4] للمزيد: أحمد محمود سعد: استقراء لقواعد المسئولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، مرجع سابق، ص16 وما بعدها.

[5] ومع ذلك، تُعتبر دعاوى المسؤولية العقدية عن الأضرار البيئية قليلة جداً بالنظر إلى دعاوى المسؤولية التقصيرية.

العابر للحدود، ومبحث أول عن بيان الأنظمة الوطنية والاتفاقيات والدولية المعنية بالشأن البيئي ومبحث ثانيفي المسئولية الدولية عن الهواء الملوث العابر للحدود ومبحث ثالث عن مسئولية الدولة المدنية عن هوائها الملوث العابر للحدود.وانتهت الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات وفقاً للتالي:

أولاً: النتائج:

- وجود جهود من الأشخاص الدولية الفعالة في مجال المحافظة على البيئة من التلوث.
- اسهمت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بدور بارز في حماية البيئة من الأضرار الناتجة عن الهواء الملوث العابر للحدود.
- فعالية نظام المسئولية الدولية في الحد من النسب المرتفعة من أضرار الهواء الملوث العابر للحدود.
- ان المجتمع الدولي مهدد بالمخاطر وهناك اضرار بيئية جمة جراء بعض المشاريع التي تضر بالبيئة.

وفي الأخير يصل بنا البحث الى المحطة الأخيرة، لذا وجب علينا الوقوف على بعض التوصيات التي نتمنى ان يكون لها اهتمام من قبل المسؤولين والمهتمين بالمسؤولية وعلى ضوء ما تم التوصل اليه من نتائج وبغية سد الثغرات وتدارك النقائض التي تعتري نظام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي فأننا نتقدم بالتوصيات التالية.

- وجود قضاء دولي متخصص يختص بالنظر في المنازعات البيئية يُدعم جهود حماية البيئة ويكرس التعاون الدولي الفَعال في هذا المجال.
- حث الأشخاص الدولية على صياغة اتفاقيات دولية فيما يتعلق بالمحافظة على البيئة تكون شاملة لجميع صور الاضرار بالبيئة ومصادرها.
- حث الدول على عقد المؤتمرات الدولية للتوعية بالمحافظة على البيئة من التلوث.
- فرض رقابة دولية صارمة تتابع مدى التزام الأشخاص بأحكام هذه الاتفاقيات المتعلقة بحماية البيئة ، على ان يسبق ذلك دعم المجتمع الدولي لجميع هذه الاتفاقيات.
- ضرورة تعديل اتفاقيات المسؤولية المدنية والتعويض عن الاضرار البيئية فيما يخص التعويضات.
- الزام الدول بعدم ترخيص أي نشاط بيئي ذات اثار ضارة الا بعد تقيم ودراسة مدى هذه الاثار.
- تفعيل العقاب الصارم للملوثين والمتسببين في وقوع الاضرار البيئية.
- حث الدول على استخدام مصادر الطاقة النظيفة وغير الملوثة للبيئة.

- جدية التعاون الدولي مع المنظمات الدولية المعنية برصد ملوثات الهواء والعمل على الالتزام بالمستويات والمعايير البيئية الدولية.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

1. المدونة الكبرى للإمام مالك، الجزء الرابع.
2. لسان العرب، ج12، مادة (لَوث)، دار إحياء التراث العربي، 1999م.
3. إبراهيم عبدربه إبراهيم: المسئولية الجنائية الدولية عن انتهاكات البيئة في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ورقة بحثية مُقدمة لمؤتمر القانون والبيئة، كلية الحقوق، جامعة طنطا، في الفترة من 23-24 أبريل 2018م.
4. أحمد بلقاسم: المسئولية الدولية الناشئة عن الفعل الدولي غير المشروع وعوائق تقنينها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد الأول، الجزائر، ديسمبر 2009.
5. أحمد عبد الكريم سلامة: نظام حماية البيئة بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، دراسة تأصيلية مقارنة، القاهرة، 1995م.
6. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون حماية البيئة الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، 1996م.
7. أحمد محمود سعد: استقراء لقواعد المسئولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية، 2007م.
8. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998م.
9. السيد أبو عطية: الجزاءات الدولية في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الثقافية الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2001م.
10. أوتفات يوسف: الأساس القانوني للمسئولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود، مقال منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، الجزائر، العدد الحادي والعشرين، 2017م، منشور الكترونياً وتاريخ الزيارة:2019/12/19م: https://jilrc.com//
11. بشير جمعة عبد الجبار الكبيسي: الضرر العابر للحدود عن الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013م.
12. جميلة حميدة: النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،

الجزائر، 2011م.

13. حسن حنتوش رشيد الحسناوي: دعوى التعويض عن الضرر البيئي، مجلة أهل البيت، العراق، ع 13، 2012م.

14. حسيني إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء الفقه الإسلامي والنظام المدني، ط1، 2018م.

15. خالد محمد القاسمي ووجيه جميل البعيني: حماية البيئة الخليجية، التلوث الصناعي وأثره على البيئة العربية والعالمية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1999م.

16. خالد مصطفي فهمي: الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2011م.

17. خديجة بن قطاط: التجارة الدولية وتأثيرها على البيئة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2014م.

18. داود الفرحان، كاتب عراقي، مقال بعنوان: تلوث البيئة.... "المفلس في القافلة أمين"، منشور بالعدد 14679 بتاريخ الثلاثاء الموافق 30 جمادى الأولى 1440هـ، 5 فبراير 2019م.

19. رحماني خلف الله: المسئولية الدولية عن الضرر البيئي، مذكرة ماستر، الجزائر، جامعة الدكتور الطاهر مولاي – سعيدة – كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016م.

20. رشاد عارف يوسف السيد: المسئولية الدولية عن أضرار الحروب العربية والإسرائيلية (جزئين)، دار الفرقان، الطبعة الأولي، 1984م، الجزء الأول.

21. رضوان حوشين: الوسائل القانونية لحماية البيئة ودور القاضي في تطبيقها، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الفترة التكوينية، 2003م / 2006م.

22. سارة معاش: دور القضاء الدولي في حماية البيئة، جامعة الحاج لخضر باتنة. مُداخلة نُشرت في كتاب أعمال ملتقى آليات حماية البيئة، الذي نظمه مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، العاصمة، بتاريخ 30/ 12/ 2017م.

23. سحر مصطفي حافظ: الحماية القانونية لبيئة المياه العذبة في مصر، الدار العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1995م.

24. سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، الطبعة الأولي، 1996م، تحقيق زكريا عُميرات.

25. سعيد سعد عبد السلام: مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة العربية، القاهرة،

2003م.

26. سعيد سالم جويلي: مواجهة الأضرار بالبيئة بين الوقاية والعلاج، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.

27. سفيان قوق: أساس المسئولية الدولية عن التلوث البيئي، جامعة عمار الثليجي، الأغواط، بدون سنة نشر.

28. سليمان مرقص: الوافي في شرح القانون المدني، ج 2، م 2 في الفعل الضار والمسئولية المدنية، ط 5، 1988م.

29. شهاب سليمان عبد الله عثمان: القانون الدولي العام، مكتبة المتنبي، ط1، 2015م.

30. صافية زيد المال: حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة علي ضوء أحكام القانون الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو، 2013م.

31. صلاح هاشم: المسئولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، القاهرة، 1991م.

32. طلال بن سيف بن عبد الله الحوسني: حماية البيئة الدولية من التلوث، مايو 2005م، منشور الكترونياً وتاريخ الزيارة 2019/9/25م: http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t760-topic

33. عبد السلام منصور الشيوي: التعويض عن الأضرار البيئية في نطاق القانون الدولي العام، دار الكتب القانونية، 2001م.

34. عبد السلام منصور الشيوي: الحماية الدولية للهواء من التلوث، منشور بمجلة الفكر القانوني والاقتصادي، جامعة بنها، العدد التاسع، السنة الرابعة، 20013م.

35. عبد العزيز مخيمر: دور المنظمات الدولية في حماية البيئة، دار النهضة العربية، 1986م.

36. عبد الغني محمود: القانون الدولي دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

37. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: ورقة عمل بعنوان "جهود القضاء السعودي في إنماء الفقه البيئي، تطبيقات قضائية معاصرة في الفقه البيئي"، قُدمت لمؤتمر "دور القضاء في تطوير القانون البيئي في المنطقة العربية"، المنعقد بالكويت تحت مظلة معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بتاريخ 26-2002/10/28م، منشور الكترونياً وتاريخ الزيارة 2019/12/19م: https://www.alukah.net/sharia/0/73777/#ixzz61jM2ruIK

38. عبد الناصر زياد هياجنه: القانون البيئي، النظرية العامة للقانون البيئي مع شرح التشريعات البيئية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012م.



39. عبد الوهاب رجب هاشم بن صادق: التلوث البيئي، الطبعة الثانية، النشر العلمي والمطابع، المملكة العربية السعودية، 1424هـ/2003م.

40. عدنان السرحان: المسئولية المدنية عن الأضرار البيئية في ضوء أحكام الفعل الضار في القانونين الأردني والفرنسي، مجلة المنارة، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2000م.

41. عزيز كاظم جبر: الضرر المُرتد وتعويضه في المسئولية التقصيرية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998م.

42. علي فيلالي: الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2002م.

43. فضيلة الهيصاك وأمينة جوهري: المسئولية الدولية عن التلوث العابر للحدود، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014م.

44. كمال شرقاوي غزالي: التلوث البيئي، العقدة والحل، الدار العربية للنشر، 1996م.

45. محمد بواط: فعالية نظام المسئولية الدولية في حماية البيئة من التلوث، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، منشور الكترونياً وتاريخ الزيارة: 2019/12/19م:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/73662

46. محمد توفيق سعودي: التلوث البحري ومدى مسئولية صاحب السفينة عنه، دار الأمين، القاهرة، 2001م.

47. محمد حسن عبد المجيد الحداد: المسئولية الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولي، الإسكندرية، 2016م.

48. محمد رحموني: آليات تعويض الأضرار البيئية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2016م

49. محمد سعيد الدقاق: شرط المصلحة في دعوي المسئولية عن انتهاك الشرعية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1973م.

50. محمد عبد القادر الفقهي: البيئة ...قضاياها ومشاكلها وحمايتها من التلوث، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1999م.

51. مسعودة صغير: مبدأ الملوث الدافع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصد مرباح – ورقلة، مذكرة لاستكمال درجة الماجستير، 2017م.

52. معمر رتيب محمد عبد الحافظ: المسئولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار النهضة



العربية، 2007م.

53. نعيمة عميمر: النظرية العامة لمسئولية الدولة الدولية في ضوء التقنين الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2010م، ص47.

54. هدى حامد قشقوش: التلوث بالإشعاع النووي في نطاق القانون الجنائي، دار النهضة العربية، 1997م.

55. وفاء بلحاج: التعويض عن الضرر البيئي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013م.

56. وليد عايض عوض الرشيدي: المسئولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، المملكة الأردنية الهاشمية، 2012م.

الأنظمة القانونية:

1. النظام العام لحماية البيئة السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 في 1422/7/28هـ، المبني على قرار مجلس الوزراء رقم (193) وتاريخ 1422/7/7هـ.
2. قانون البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994م المعدل بالقانون 9 لسنة 2009م.
3. الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بوقود السفن الزيتي لعام 2001م.

ثانياً: المراجع الأجنبية والمواقع الالكترونية:

1. gouilland (Martine Remond), les fonds d'indemnisations, droit de l'environnement, ed. Économico, Paris 1988, p.320.
2. Provost: International criminal environmental law clarendon press. OXFORD.1999, p439.
3. https://sites.google.com/site/environmentalpollutionsites/home/mfhwm-wanwa-altlwth-albyyy/altlwth-hw-alghasbywghs.
4. www.britannica.com,10-5-2018. Retrieved 30-6-2018. Edited.
5. http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t760-topic.
6. http://www.startimes.com/

La compétence internationale des juridictions:

Entre compétence d'attribution et compétence territoriale

الاختصاص القضائي الدولي : بين الاختصاص بالإسناد والاختصاص الإقليمي

Bejeoui Imed, Maitre-assistant en droit privé, Faculté de droit, Université du Roi Faisal

د. عماد حمادي البجاوي، أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق ، جامعة الملك فيصل.

الملخص

تعتبر مسألة تحديد الطبيعة القانونية للاختصاص القضائي الدولي من المسائل المهمة نظرا للاختلافات الفقهية والفقه قضائية بخصوصها وما لأهمية التحديد الدقيق لهذه الطبيعة من آثار عملية عديدة. وقد ظهر في الفقه اتجاه أول يرى أن الاختصاص القضائي الدولي هو اختصاص نوعي (حكمي) بينما يرى اتجاه ثاني أن الاختصاص القضائي الدولي هو اختصاص مكاني (إقليمي). وقد اعتمد كل من الاتجاهين على معايير وتصنيفات القانون القضائي والاجرائي الوطني لتكييف الاختصاص القضائي الدولي.

ونحن نرى أن تحديد الطبيعة القانونية للاختصاص القضائي الدولي لا يمكن أن يتم بالرجوع الى التصنيف المعتمد في القانون القضائي الداخلي وإنما يجب اعتماد معايير خاصة ومستقلة نظرا لخصوصية هذا الصنف من الاختصاص القضائي. وهذا ما يجعلنا نؤكد أن الاختصاص القضائي الدولي ليس مجرد اختصاص نوعي أو اختصاص مكاني وإنما هو اختصاص مختلط ولا نظير له.



The international competence of the courts: between attribution and territorial jurisdiction

ABSTRACT

The theoretical debate relating to the legal nature of the international jurisdiction of courts is not without interest. Indeed, two qualifications of international judicial competence have competed. International jurisdiction is qualified, sometimes as *ratione materiae*, sometimes as *ratione loci*. The essence of these different conceptions is their systematic reference to national judicial law in order to identify the criteria to identify the nature of international jurisdictional competence.

We consider that the qualification of international judicial competence can only be made in relation to its own characteristics. As it is international, international judicial competence calls for a qualification, which embrace the specificities of the matter. Departure from national judicial law to qualify international jurisdiction seems inappropriate in relation to the subject of this jurisdiction and its regime.

In our opinion, the international jurisdiction of the courts cannot be assimilated either to a *ratione materiae* jurisdiction or to a *ratione loci* jurisdiction. It is a hybrid competence, a sui generis competence whose regime is specific. This specificity of the regime applicable to international jurisdiction is, in fact, a manifestation of the characteristics related to the international private law.

Keywords: international competence of the courts, attribution jurisdiction, territorial jurisdiction, public order, interest of the parties.

Résumé

La vivacité du débat théorique relatif à la nature juridique de la compétence internationale des juridictions n'est pas dénuée de tout intérêt pratique. Effectivement, deux qualifications de la compétence judiciaire internationale se sont concurrencées. La compétence internationale est qualifiée, tantôt de compétence *ratione materiae*, tantôt de compétence *ratione loci*. Le propre de ces différentes conceptions est leur référence systématique au droit judiciaire interne afin de dégager les critères qui permettent de cerner la nature de la compétence juridictionnelle internationale.

Or, nous considérons que la qualification de la compétence judiciaire internationale ne peut se faire que par rapport à ses caractéristiques propres. Parce qu'elle est internationale, la compétence judiciaire internationale appelle une qualification qui répond aux spécificités de la matière. Le recours au droit judicaire

interne pour qualifier la compétence internationale paraît inopportun aussi bien par rapport à l'objet de cette compétence, que par rapport à son régime.

A notre avis, la compétence internationale des juridictions ne peut être assimilée, ni à une compétence *ratione materiae*, ni à une compétence *ratione loci*. Il s'agit d'une compétence hybride, une compétence *sui generis* dont le régime est spécifique. Cette spécificité du régime applicable à la compétence internationale n'est, en fait, qu'une manifestation des caractéristiques propres au droit gouvernant les relations privées internationales.

Mots clefs : compétence internationale des juridictions, compétence d'attribution, compétence territoriale, ordre public, intérêt des parties.

Liste des abréviations:

- AFDI : Annuaire français de droit international
- CDIP: Code de droit international privé
- CPCC: Code de procédures civiles et commerciales
- Dir : Sous la direction de.
- JCP: Juris-classeur périodique.
- JCL. Dr. Inter. : Juris-classeur de droit international
- JDI : Journal de droit international
- JORT : Journal Officiel de la République tunisienne
- NCPC: Nouveau Code de procédures civiles
- Obs.: Observations sous.
- PUF : Presse Universitaire de France.
- RC : Revue critique de droit international privé
- RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international
- RIDC : Revue internationale de droit comparé
- RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil
- RTD : Revue tunisienne de droit
- RJL : Revue de la jurisprudence et de la législation.
- TCFDIP : Travaux du comité français de droit international privé
- TPI: Tribunal de première instance.

Introduction

En théorie générale de droit, la “compétence” signifie « *l’aptitude légale à accomplir un acte ou à instruire et juger un procès* »[1]. Ayant pour mission fondamentale la délimitation du champ d’activité des tribunaux, la compétence judiciaire vise la répartition des attributions entre les différentes autorités juridictionnelles étatiques[2].

Théoriquement, l’aspect international de la compétence judiciaire peut résulter, soit de la nature des autorités judiciaires exerçant cette compétence, soit de la coloration internationale du litige en cause. Ainsi, l’aspect international de la compétence judiciaire surgit lorsque le litige soumis à la juridiction nationale est un litige international[3]. La compétence judiciaire internationale désigne donc l’aptitude des juridictions nationales à connaître des litiges internationaux de droit privé.

Ainsi identifiée, la compétence judiciaire internationale est à distinguer du pouvoir juridictionnel[4]. En effet, l’existence ou le défaut du pouvoir juridictionnel est évoqué à raison de la qualité du défendeur ou du demandeur. Ainsi, si un Etat étranger ou un organisme public émanant de cet Etat est attrait devant les tribunaux tunisiens, ces derniers ne pourront connaître le litige à raison de l’immunité de juridiction de cet Etat ou de cet organisme. Il ne s’agit pas, dans cette hypothèse, d’incompétence internationale des juridictions nationales mais de défaut du pouvoir juridictionnel. Néanmoins, s’il s’agit d’une personne étrangère de droit privé, les juridictions nationales auront le plein pouvoir juridictionnel pour trancher le litige[5].

Au sein de la compétence judiciaire internationale, il importe aussi de distinguer entre compétence générale et compétence spéciale. La compétence générale des tribunaux nationaux est évoquée chaque fois où l’ordre juridictionnel interne, dans son ensemble, aurait vocation à connaître le litige. Ainsi, le rapport de droit

[1] *Lexique des termes juridiques*, 12ème édition, Dalloz, 1999, p. 116.

[2] Voir : Matscher (F.), « Etude des règles de compétence judiciaire internationale dans certains conventions internationales », *RCADI* 1978, 168, p. 140.

[3] Un litige de droit privé est international et ouvre la voie à la mise en œuvre de la compétence internationale des juridictions chaque fois où le litige présenterait un élément d’extranéité. Cette extranéité pourrait concerner la personne des litigants (nationalité étrangère, domicile à l’étranger) ou l’objet du litige (bien situé à l’étranger, contrat conclu ou exécuté à l’étranger…). La solution en droit tunisien est législative. L’article 2 du Code de droit international privé dispose : « Est international le rapport de droit rattaché au moins par l’un de ses éléments déterminants, à un ou plusieurs ordres juridiques autres que l’ordre juridique tunisien ». Sur l’ensemble de la question de l’internationalité, voir : Lagarde (P.), « L’internationalité du point de vue de l’ordre international », supplément à la *Revue Lamy*, droit des affaires, n° 46, février 2002.

[4] Sur l’ensemble de la question, voir : Théry (Ph.), *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse, Paris II, 1981.

[5] Voir : Gaudemet-Tallon (H.) « Compétence civile et commerciale », *Rep. D. dr. int.*, 2007, p. 4.

sera rattaché au groupe des tribunaux statuant au nom de l'Etat. Il s'agit là de la compétence générale ou la compétence internationale[1].

Une fois cette première question résolue, une seconde surgit ; quel est le tribunal spécialement compétent parmi l'ensemble des tribunaux nationaux généralement compétents ? Il s'agit là de la compétence spéciale ou la compétence interne. Concrètement, cette compétence spéciale va permettre de désigner le tribunal devant lequel l'affaire devrait être portée. La notion de compétence judiciaire internationale des tribunaux nationaux concerne ainsi la compétence générale de ces tribunaux.

Quant à la nature de cette compétence internationale, les positions doctrinales divergent sur la question. Ceci nous amène à se poser la question suivante : la compétence internationale des juridictions est-elle une compétence d'attribution ou une compétence territoriale ?

La vivacité du débat théorique n'est pas dénuée de tout intérêt pratique. Les retombées pratiques de la détermination de la nature juridique exacte de la compétence judiciaire internationale expliquent probablement les divergences de positions doctrinales et jurisprudentielles.

En doctrine comparée, la question semble s'agiter entre deux conceptions. La première qualifie la compétence internationale de compétence d'attribution. La seconde opte pour l'aspect territorial de cette compétence.

L'une et l'autre de ces conceptions sont lourdes de conséquences. D'une part, la qualification de la compétence internationale a des répercussions sur l'office du juge et spécifiquement sur son pouvoir de relever d'office son incompétence. D'autre part, de la nature de la compétence internationale des juridictions étrangères dépendra la validité et l'étendu des prorogations volontaires de compétence. Il ne faut pas perdre de vue que le tribunal compétent occupe de plus en plus d'importance eu égard à la stratégie judiciaire procédurale et substantielle des plaideurs[2]. Par ailleurs, la question de la nature de la compétence judiciaire internationale semble, *a priori*, intéresser uniquement la compétence judiciaire internationale directe. Toutefois, cette interrogation sur la nature de la compétence judiciaire pourrait avoir des jaillissements sur la compétence judiciaire internationale indirecte en matière de reconnaissance des jugements.

Cette étude a pour objet de discuter la nature juridique de la compétence internationale par référence au droit tunisien et notre hypothèse consiste à démontrer que la compétence internationale des juridictions

---

[1] La doctrine moderne parle de compétence internationale pour désigner la compétence générale et évoque la compétence interne pour désigner la compétence spéciale. Voir : De Vareilles-Sommières (P.), « Jugement étranger (matière civile et commerciale) », *Rep. D. dr. int.* 2001, p. 12.

[2] Voir : Gaudemet-Tallon (H.), « Compétence civile ... », *op. cit.*, p. 4.

échappe à toute systématisation quant à sa nature **(Section II).** Pour parvenir à ce résultat, nous adoptons une approche méthodologique qui consiste à illustrer les faiblesses des courants doctrinaux qui se réfèrent au droit judiciaire interne pour qualifier la compétence judiciaire internationale afin d'étayer notre thèse **(Section I).**

Section I : Qualifications inspirées du droit judiciaire interne rejetées

Aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, deux qualifications de la compétence judiciaire se sont concurrencées. La compétence internationale est qualifiée, tantôt de compétence *rationae materiae* **(Paragraphe I),** tantôt de compétence *rationae loci* **(Paragraphe II).** Le propre de ces différentes conceptions est leur référence systématique au droit judiciaire interne afin de dégager les critères qui permettent de cerner la nature de la compétence juridictionnelle internationale.

Paragraphe I : La compétence judiciaire internationale, compétence *rationae materiae*

La qualification de la compétence internationale des tribunaux tunisiens de compétence *rationae materiae* est le fruit d'une assimilation de la compétence judiciaire internationale à la compétence d'attribution du droit judiciaire interne **(A)**. Cette assimilation, critiquable à plus d'un égard, engendre des conséquences quant aux pouvoirs du juge et aux accords procéduraux des parties **(B)**.

A - Assimilation de la compétence internationale à la compétence d'attribution

Commençons par préciser que la compétence d'attribution ou *rationae materiae* signifie l'aptitude d'une juridiction à connaître une affaire en fonction de sa nature et parfois de son importance pécuniaire. Les litiges sont ainsi répartis entre les divers ordres, degrés et natures des juridictions. Les règles relatives à la compétence d'attribution de droit judicaire interne visent la détermination de l'ordre juridictionnel (administratif ou judiciaire) et la catégorie de juridiction (civile, commerciale…) spécialisés pour juger le litige en fonction de la nature et du montant de la demande[1].

---

[1] Voir : Huet (A.), « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *JC. dr. int*. Fasc. 581-10, 2002, p. 12.

L'assimilation de la compétence internationale des tribunaux à la compétence d'attribution est le résultat d'un raisonnement aux termes duquel la compétence internationale des juridictions, ayant pour rôle la répartition des litiges entre les tribunaux nationaux et les tribunaux étrangers, a le même objet et le même but que les règles de compétence d'attributions de droit interne.

Une doctrine française autorisée s'est ralliée à ce raisonnement fondé par Bartin[1]. Effectivement, confrontée à la question de la nature de la compétence judiciaire internationale, la doctrine a préconisé l'aspect *rationae materiae* de cette compétence. H. Solus et R. Perrot affirment : « *La règle de compétence internationale dite générale, en vertu de laquelle est opérée la répartition de la compétence entre les tribunaux de l'ordre juridictionnel français et ceux de l'ordre juridictionnel étranger, a le même objet et le même but que les règles de compétence d'attribution de droit interne, règles en vertu desquelles la connaissance des litiges est répartie entre les divers ordres et catégories de juridictions existant en France. Il est donc logique et normal qu'elle ait également le caractère de règle de compétence d'attribution* »[2].

Pour étayer leur thèse, les auteurs reconnaissent que, à l'instar de la compétence territoriale interne, la compétence internationale est en principe déterminée à la lumière des critères relatifs aux personnes ou aux lieux (nationalité, domicile, lieu du fait dommageable…), ils ajoutent, néanmoins, que « *dés l'instant que les règles de compétence territoriale interne accèdent, par extension, au rang de règles de compétence générale internationale, elles changent inévitablement de nature. Du fait qu'elles sont détournées de leur finalité première, qui est, en droit interne, d'opérer une répartition territoriale de la compétence entre des tribunaux français de même catégorie, elles cessent d'être des règles de compétence territoriale au sens strict du terme* »[3]. Le raisonnement a conduit ses protagonistes à qualifier la compétence internationale de « *compétence internationale d'attribution* »[4].

[1] Selon Bartin, la compétence judiciaire internationale soulève un problème du même type que celui de la compétence d'attribution de droit interne : « *Le problème qui a pour objet de choisir, pour un groupe déterminé de litiges, les litiges à caractère international, entre deux groupes de juridictions possibles, les juridictions françaises d'une part, les juridictions étrangères de l'autre, ce problème ressemble singulièrement, par sa donnée, à celui qu'on s'est proposé de résoudre, en matière de compétence spéciale, pour la détermination des règles de compétence rationae materiae : là aussi, il s'agissait de choisir, pour un groupe déterminé de litiges, les litiges de caractère civil par exemple, ou les litiges commerciaux, entre deux groupes de juridictions, les juridictions purement civiles et les tribunaux de commerce. Par leur objet et par leur but (les règles de compétence générale) se rapprochent des règles de la compétence spéciale rationae materiae…* ». Bartin (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Domat-Montchrestien, 1930-1935, § 123 et s.

[2] Solus (H.) et Perrot (R.), *Traité de droit judiciaire privé,* T. 2, La compétence, Sirey, 1973, n° 386.

[3] Solus (H.) et Perrot (R.), *Traité de droit judiciaire privé,* T. 2, La compétence, Sirey, 1973, n° 386.

[4] *Ibidem*.

Cette analyse de la compétence internationale en tant que compétence d'attribution est confirmée, selon la doctrine[1], par l'article 92 du Nouveau Code de procédure civile du 5 décembre 1975[2]. Selon Huet, une analyse sommaire dudit article ne laisse aucun doute sur l'assimilation de la compétence internationale à la compétence d'attribution. L'auteur affirme : « *on peut même dire qu'elle (l'assimilation) tombe sous le sens* »[3]. Tentées par le raisonnement, certaines juridictions françaises n'ont pas hésité à qualifier d'attribution la compétence internationale directe[4] et indirecte[5].

Le même débat s'est posé devant les juges tunisiens. Ces derniers, à maintes reprises, emboîtent le pas à leurs homologues français en qualifiant la compétence internationale de compétence d'attribution. La position de la jurisprudence tunisienne est remarquable, aussi bien au niveau des juges de fond[6], qu'au niveau de la Cour de Cassation[7].

Les juges tunisiens ont assimilé la compétence internationale à la compétence d'attribution à travers la combinaison de deux textes du Code des procédures civiles et commerciales, à savoir les articles 2 et 3 dudit Code. L'ancien article 2 CPCC délimitait les différents cas de compétence internationale des juridictions tunisiennes[8]. L'article 3 du même Code ajoute : « *Est nulle, toute convention dérogeant aux règles de compétence d'attribution établis par la loi* ».

---

[1] Huet (A.), « Le Nouveau Code de procédure civile du 5 décembre 1975 et la compétence internationale des juridictions française», *JDI* 1976, p. 342 ; *cf.* Courbe (P.), note sous CA de Paris, 27 avril 1983, *JCP. G.*, II, 20542.

[2] L'article 92 NCPC dispose : « *L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public. Elle ne peut l'être que dans ce cas. Devant la cour d'appel et devant la cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative, ou échappe à la connaissance de la juridiction française* ».

[3] Huet (A.), « Le nouveau Code de procédure civile… », *op. cit.*, p. 346.

[4] T. Civ. Saint-Julien-en-Genevois, 21 octobre 1974, *RC* 1948, p. 304, *Gaz. Pal.* 1948, 1, p. 83 ; CA de Paris, 27 avril 1987, *JCP. G.*, II, 20542, note Courbe ; CA de Paris, 3 novembre 1983, *JCP. G.*, II, 21147, note Hendryksen.

[5] CA de Paris, 18 juin 1964, *JDI* 1964, p. 810, *RC* 1967, p. 340.

[6] TPI de Tunis n° 1058 du 4 février 1961, *RJL* 1961, n° 6, p. 58 ; CA. de Tunis 27 novembre 1963, *RJL* 1964, p. 143, *JDI* 1968, p. 129 chron. Charfi.

[7] Cass. Civ. n° 2668 du 20 février 1964, *Bull.* 1964, p. 9, *JDI* 1968, p. 125 chron. Charfi ; Cass. Civ. n° 3035 du 7 mai 1964, *Bull.*1964, p. 23, *JDI* 1968, p. 128 chron. Charfi ; Cass. Civ n° 5837 du 10 mars 1983, *Bull.* 1982, II, p. 93 ; Cass. Civ. n° 28151 du 23 mars 1993, *RTD* 1993, p. 402, note Gara ; Cass. Civ. n° 22813, 13 mai 2003, inédit.

[8] A partir du 27 novembre 1998, l'article 2 CPCC ne régit plus la compétence internationale des juridictions tunisiennes. Désormais, ladite compétence est réglementée par les dispositions du Code de droit international privé. Aujourd'hui, l'article 2 CPCC dispose : « *Elles (les juridictions) connaissent de toutes les contestations visées à l'article précédent entre toute personne résidant en Tunisie, quelque soit leur nationalité* ». La suite de cet article a été abrogée par la loi n° 98-97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du Code de droit international privé.

Dans leur arrêt du 27 novembre 1963, les juges de la Cour d'Appel de Tunis ont vu dans ces deux articles un argument pour qualifier la compétence internationale des juridictions tunisiennes de compétence d'attribution[1]. Les juges déclarent : « *Attendu que les principes posés par le législateur dans les deux articles susmentionnés (2 et 3) sur la compétence générale des tribunaux tunisiens concerne ce qu'il est convenu d'appeler la compétence d'attribution* ». Cette position a reçu l'assentiment de la Cour de Cassation dans son arrêt du 20 février 1964[2]. La Cour régulatrice affirme : « *Si l'on considère que les règles de l'organisation des juridictions à l'intérieur d'une même souveraineté sont d'ordre public, il en est forcément de même pour toutes les règles qui déterminent la compétence générale des juridictions tunisiennes. Une telle compétence ne peut être considérée que comme étant une compétence d'attribution* ».

Cette jurisprudence de la Cour de Cassation est réaffirmée dans un arrêt qui date du 13 mai 2003[3]. Les juges de cassation considèrent que l'examen du dossier par le Ministère public est obligatoire à raison de l'évocation de l'incompétence internationale de la juridiction tunisienne. Le défaut de communication du dossier au Ministère public est contraire aux dispositions de l'article 251 du CPCC, lequel exige cette communication chaque fois où l'ordre public serait intéressé. Par conséquent, la compétence internationale des tribunaux tunisiens est une compétence *ratione materiae*. Une telle qualification est lourde de conséquences.

B - Conséquences de l'assimilation

Aux yeux d'une partie des juges tunisiens, la compétence internationale des tribunaux tunisiens est une compétence *ratione materiae*. La première conséquence de cette qualification consiste à considérer cette compétence comme étant d'ordre public. Ceci implique une rigueur du régime juridique de cette compétence. La rigueur se manifeste au niveau de l'obligation pour le juge de soulever d'office sa compétence ou son incompétence internationale et au niveau de l'invalidation des clauses attributives de juridictions.

Quant au pouvoir du juge de prononcer d'office sa compétence ou son incompétence, la jurisprudence tunisienne a rappelé, à plusieurs reprises, que ce devoir ou pouvoir constitue une conséquence naturelle de l'alignement de la compétence internationale sur le régime de la compétence d'attribution du droit judiciaire interne.

[1] CA. de Tunis 27 novembre 1963, précité.

[2] Cass. civ. n° 2668 du 20 février 1964, précité.

[3] Cass. Civ. n° 22813, 13 mai 2003, inédit.

La Cour de Cassation veille scrupuleusement à relever d'office la compétence internationale du juge tunisien dans un litige qui porte sur un legs en dépit du défaut de contestation de ladite compétence par les parties. La Cour rappelle que la compétence internationale des juridictions tunisiennes est impérative dans la mesure où elle est d'ordre public et se rattache à la souveraineté de l'Etat tunisien. Dans ces conditions, le juge se trouve dans l'obligation de soulever d'office sa compétence[1].

Dans un arrêt plus ancien, la Cour de Cassation s'exprime avec plus de rigueur sur la question comme suit : *« La compétence internationale est une compétence d'attribution qui concerne l'objet du litige. Son régime relève de l'ordre public ce qui implique, pour le juge, de soulever d'office sa compétence en tout état de cause. Cette faculté est aussi accordée aux parties et au Ministère public »*[2]. Ainsi, le juge se trouve dans l'obligation de statuer sur l'exception d'incompétence soulevée par les parties à n'importe quel degré de juridiction. Ceci constitue une application du principe qui gouverne la compétence d'attribution en droit judiciaire interne conformément à l'article 17 CPCC qui dispose : « *Les parties peuvent, en tout état de cause, soulever l'incompétence du tribunal résultant de l'inobservation des règles relatives à la compétence d'attribution* »[3].

Le même raisonnement est utilisé par la Cour pour dénier la compétence internationale du juge tunisien. Dans l'arrêt du 7 mai 1964, la Cour de Cassation précise : « *Attendu qu'il découle de ce qui précède que la connaissance de cette action ne relève pas de la compétence des tribunaux tunisiens puisqu'elle ne peut être assimilée a aucun des sept cas limitativement énumérés par l'article 2 susmentionné, et que sur cette base l'acceptation de cette action et les décisions dont elle a fait l'objet en première instance et en appel constitue une violation dudit article 2 dont les dispositions sont d'ordre public comme il vient d'être expliqué et qu'il appartient à la Cour de Cassation de soulever d'office cette violation qui impose la cassation conformément à l'article 175 CPCC* »[4].

L'assimilation de la compétence internationale à la compétence d'attribution affecte aussi les dérogations conventionnelles à la compétence générale des tribunaux tunisiens. Effectivement, la qualification de la compétence internationale de compétence d'attribution est de nature à compromettre la validité des

---

[1] Cass. Civ. n° 28151 du 23 mars 1993, précité.

[2] Cass. Civ. n° 5837 du 10 mars 1983, précité ; *cf.* Cass. Civ. n° 15820 du 8 juin 1987, *RJL* 1989, n° 9, p. 61.

[3] En droit français, l'alinéa premier de l'article 92 NCPC dispose : « *L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public* ». Cette disposition est exploitée par un auteur français pour affirmer : « *La faculté pour le juge français de soulever d'office son incompétence internationale doit aujourd'hui être calquée sur le pouvoir qu'il possède de décliner d'office sa compétence interne d'attribution : en d'autres termes, l'incompétence internationale peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence internationale lorsque cette règle est d'ordre public (…)* », Huet (A.), « Le nouveau Code de procédure civile… », *op. cit.*, p. 363.

[4] Cass. Civ. n° 3035 du 7 mai 1964, précité.

clauses attributives de juridiction. Aux yeux de certains juges tunisiens, étant d'ordre public, les parties ne peuvent en principe déroger aux règles régissant la compétence internationale des tribunaux tunisiens. Pour parvenir à cette conclusion, les juges ont, à maintes reprises, mis en œuvre l'article 3 CPCC qui dispose : « *Est nulle, toute convention dérogeant aux règles de compétence d'attribution établies par la loi* »[1].

Dans son ancienne jurisprudence, la Cour de Cassation apprécie la validité des clauses attributives de juridiction à la lumière de l'article 3 CPCC. Elle conclut à l'invalidité de ces clauses tant qu'elles porteraient sur une matière d'ordre public. Cet esprit est patent dans l'arrêt rendu par la Cour de Cassation en date du 20 février 1964[2]. La Cour affirme : « *Attendu que le législateur tunisien détermine dans cet article 2 CPCC la compétence internationale des tribunaux tunisiens, c'est-à-dire leur compétence par rapport à celles des juridictions étrangères, que cette compétence touche au premier chef à l'ordre public et que du fait que les règles de compétence internationale servent à trancher les conflits entre les juridictions relevant de deux ordres juridiques dont l'un est national et l'autre étranger, il est absolument impossible de la considérer comme une compétence relative à laquelle les justiciables peuvent déroger d'un commun accord, comme c'est le cas pour les règles de compétence territoriale des différents tribunaux tunisiens* ».

Dans d'autres arrêts rendus, aussi bien par la Cour régulatrice[3], que par les juges de fond[4], la jurisprudence se réfère explicitement à l'article 3 CPCC pour annuler des clauses attributives de juridiction au profit des tribunaux étrangers. Ainsi, aux yeux des juges, la nature de la compétence internationale, à savoir une compétence d'attribution, exclue *ipso facto* toute possibilité d'y déroger. Etant impératives, les règles gouvernantes ladite compétence ne peuvent faire l'objet de prorogations conventionnelles.

Néanmoins, l'existence de cette jurisprudence constante n'a pas empêché l'apparition d'une autre position doctrinale et jurisprudentielle, aussi bien en Tunisie qu'ailleurs, militant en faveur de l'aspect territorial de la compétence internationale.

---

[1] Il faut signaler que l'article 4 du Code de droit international privé dispose : « *Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles, ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles ; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien* ».

[2] Cass. Civ. n° 2668 du 20 février 1964, précité.

[3] Cass. Civ. n° 3035 du 7 mai 1964, précité, *cf.* Cass. Civ. n° 4196 du 18 novembre 1981, *Bull.* 1981, n° 4, p. 132. Sur l'ensemble de cette jurisprudence, voir : Meziou (K.), *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisien et français : Le cas de divorce des couples mixtes*, Thèse de doctorat d'Etat, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1982, p. 320 et s. ; Mezghani (A.), *Droit international privé : Etats nouveaux et relations privés internationales*, CERES-CERP, Tunis, 1991, p. 376 et s. ; Charfi (M.), « L'exequatur des jugements étrangers et des sentences arbitrales internationales en Tunisie ». *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier. Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI siècle*. Dalloz, 2001, p. 321.

[4] Voir : TPI de Tunis n°1058 du 4 février 1961, précité; CA. de Tunis, n° 56392 du 27 novembre 1963, précité.



Paragraphe II : La compétence judiciaire internationale, compétence *rationae loci*

La qualification de la compétence internationale de compétence *ratione loci* est le fruit d'un raisonnement qui voit dans ladite compétence une projection, sur le plan international, des règles gouvernant la compétence territoriale en droit interne **(A)**. Ce raisonnement n'a pas tardé à avoir des résonnances jurisprudentielles **(B)**.

A – La compétence internationale est une projection de la compétence territoriale

Les tenants de cette thèse affirment qu'en édictant des règles de compétence internationale, le législateur n'a fait qu'emprunter les normes gouvernant la compétence territoriale en droit judiciaire interne[1]. Le raisonnement est le suivant : les litiges internationaux diffèrent par rapport aux procès de droit interne, aussi bien au niveau des personnes, qu'au niveau des lieux[2]. Cette différence ne nie pas une possible assimilation de la compétence internationale à la compétence territoriale. Dans les deux cas, il s'agit de tenir compte à la fois du ressort géographique des juridictions et de la localisation de l'affaire. Simplement, dans le cadre interne, on désigne directement le tribunal spécifiquement compétent alors que, dans le cadre international, on détermine la compétence générale des tribunaux nationaux. M. Gouchez conclut : « *La différence de cadre ne doit pas faire perdre de vue l'analogie des questions* »[3].

L'assimilation de la compétence internationale à la compétence territoriale est défendue en Tunisie par une doctrine autorisée[4]. M. Ali Mezghani propose une qualification territoriale de la compétence internationale. Selon l'auteur, le législateur tunisien a repris dans l'ancien article 2 CPCC les solutions consacrées au chapitre relatif à la compétence territoriale interne. Aux yeux de l'auteur, cette reprise justifie la qualification territoriale de la compétence internationale car « *lorsqu'il y a identité totale des solutions, les*

---

[1] Batiffol (H.) et Lagarde (P.), *Droit international privé*, T. II, 7ème édition, Paris, LGDJ, 1983, n° 669.

[2] Voir : Sinay Cyterman (A.), *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse, Strasbourg, 1980, p. 49 ; Gaudemet Tallon (H.), « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau code de procédure civile : aménagement ou bouleversement », *RC* 1977, p. 5 ; Couchez (G.), « Les nouveaux textes de procédure civile et la compétence internationales » *TCFDIP* 1977-1979, p. 125.

[3] *Ibidem*.

[4] Mezghani (A.), *op. cit.*, p. 378.



règles ont nécessairement la même nature »[1]. L'auteur estime que la transposition des règles de compétence territoriale interne en droit international privé se vérifie dans les cas d'affirmation de cette compétence et dans les cas de sa négation[2].

Dans ses commentaires du Code de droit international privé[3], M. Mezghani trouve d'autres appuis à ses réflexions. Ainsi, selon lui, l'article 10 du Code, qui précise « *l'exception d'incompétence des juridictions tunisiennes doit être soulevée avant tout débat au fond* »[4], ne laisse aucun doute que le régime de la compétence internationale est celui de la compétence territoriale.

Prenant acte de cette doctrine, la jurisprudence n'a pas hésité à qualifier la compétence internationale des tribunaux de compétence territoriale.

B - La consécration jurisprudentielle

La jurisprudence tunisienne, notamment postérieure à la promulgation du Code de droit international privé, semble séduite par la qualification territoriale de la compétence internationale des tribunaux tunisiens. Le constat est valable au niveau de la jurisprudence de fond et au niveau de la jurisprudence de la Cour de Cassation.

Quant aux tribunaux de fond, l'article 10 du Code de droit international privé est amplement exploité pour affirmer le caractère *ratione loci* de la compétence internationale. Dans son jugement du 23 décembre 1999[5], le Tribunal de Première Instance de Tunis affirme que l'article 10 du Code exige que l'exception d'incompétence soit soulevée *in limine litis*. Il résulte, aux yeux du Tribunal, que le législateur a aligné la compétence internationale sur les principes de la compétence territoriale qui n'a aucun rapport avec l'ordre public[6].

---

[1] Mezghani (A.), *op. cit.*, p. 378.

[2] *Ibidem.*

[3] Mezghani (A.), *Commentaires du Code de Droit International privé,* CPU, Tunis, 1999, p.180 et s.

[4] Il est à rappeler que l'article 10 du Code est l'équivalent de l'article 18 CPCC qui prévoit : « *La partie qui aura été appelée devant un tribunal du même degré que celui qui est territorialement compétent peut soulever l'incompétence de ce tribunal, mais elle est tenue, de présenter son déclinatoire avant toute défense au fond, à peine d'irrecevabilité* ».

[5] TPI de Tunis, n° 1267 du 23 décembre 1999, inédit.

[6] Voir dans le même sens : TPI de Tunis, n° 9901 du 13 octobre 1999 (inédit) ; Trib Can. de Tunis, n° 81853 du 28 avril 2003, (inédit) ; Trib. Can. de Tunis, n° 8311 du 22 janvier 2004 (inédit), Trib. Can. de Tunis, n° 86632 du 5 février 2006. Sur l'ensemble

Cette position du Tribunal de Première Instance de Tunis est confirmée par la Cour d'appel de Tunis dans un arrêt qui date du 24 avril 2003[1]. Le litige porte sur une demande d'exequatur d'un jugement français de réparation en matière de responsabilité délictuelle. Les juges de la Cour d'Appel affirment l'aspect territorial de la compétence internationale en ces termes : « *Le caractère d'intérêt privé de la compétence indirecte en matière de responsabilité délictuelle découle de l'article 16 de la Convention du 28 juin 1972 qui n'a pas fait du critère du lieu de la survenance du fait dommageable l'unique critère de compétence en permettant aux parties de l'écarter si le défendeur accepte la compétence d'une autre juridiction* ».

Ensuite, se voulant être pédagogique, la Cour souligne la différence entre la compétence internationale et la compétence d'attribution comme suit : « *La compétence du tribunal qui a statué sur une action en responsabilité délictuelle telle qu'organisée par les articles 15 et 16 de la Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 n'est pas une question qui touche à l'ordre public. Il est hors de question d'aligner le régime de cette compétence sur le régime de la compétence d'attribution. En effet, la première concerne la reconnaissance des décisions étrangères dans les relations internationales, alors que la seconde organise la répartition des actions entre les tribunaux d'un même Etat selon la nature de la demande et le degré de la juridiction ce qui justifie son caractère obligatoire* ».

Cette jurisprudence est confirmée par la Cour de Cassation. Dans son arrêt du 16 décembre 2004[2], la Cour régulatrice précise : « *L'exception soulevée concerne la compétence internationale des juridictions tunisiennes, la communication du dossier au Ministère public n'est pas obligatoire puis qu'il s'agit d'une compétence territoriale* ».

C'est surtout dans son arrêt du 7 décembre 2006 que la Cour raisonne d'une manière détaillée sur la question. La Cour commence par écarter la qualification d'attribution de la compétence internationale des juridictions tunisiennes. Elle déclare : « *L'affirmation selon laquelle la compétence internationale des tribunaux tunisiens est une compétence d'attribution implique que les cas de compétence des tribunaux tunisiens dans les litiges internationaux excluent ipso facto la compétence des tribunaux étrangers en la matière. Cette affirmation est erronée dans la mesure où la compétence internationale d'une juridiction étrangère est gouvernée par sa législation interne* ».

Une fois cette qualification écartée, la Cour soutient l'aspect territorial de la compétence en ces termes : « *Le fait que le législateur exige, dans l'article 10 du Code, que l'exception d'incompétence soit soulevée avant*

---

de cette jurisprudence, voir : Chedly (L.) et Ghazouani (M.), *Code de droit international privé annoté*, CEJJ, Tunis, 2008, p.196 et s..

[1] CA. de Tunis, n° 91187 du 27 avril 2003, inédit.

[2] Cass. Civ., n° 3823 du 16 décembre 2004, *Bull.* 2004, I, p. 195.

tout débat au fond comme c'est le cas dans l'article 18 CPCC relatif à la compétence interne[1]*, mène évidement à qualifier la compétence judiciaire internationale des tribunaux tunisiens en compétence territoriale relative à l'intérêt des parties sauf dans le cas exceptionnel des litiges concernant les droits réels relatifs aux immeubles sis à l'étranger* »[2].

Cette nature territoriale de la compétence internationale est également consacrée par la jurisprudence française, aussi bien avant le Nouveau Code de procédure civile, qu'après l'entrée en vigueur dudit Code. La Cour de Cassation française évoque : « *la règle spéciale de compétence territoriale posée par l'article 14 du Code Civil* »[3]. Cette nature territoriale a été reprise par la jurisprudence française en application des dispositions du Nouveau Code de procédure civile. Ainsi, la Cour de cassation française emploie l'expression « *tribunal territorialement compétent* » pour trancher une question de compétence internationale[4].

Le propre de cette jurisprudence tunisienne et comparée consiste à chercher la qualification de la compétence juridictionnelle spécifique aux litiges internationaux dans les concepts de droit judiciaire interne. Nous ne pouvons s'inscrire dans cette logique. La spécificité da la compétence internationale des tribunaux tunisiens appelle, à notre sens, une qualification spécifique.

Section II : La qualification inspirée de la spécificité de la compétence judiciaire internationale proposée

La qualification de la compétence judiciaire internationale ne peut se faire que par rapport à ses caractéristiques propres. Nous ne pouvons se hasarder à chercher un qualificatif à la compétence internationale en dehors d'elle-même, c'est-à-dire par référence aux qualificatifs de la compétence judiciaire interne. Parce qu'elle est internationale, la compétence judiciaire internationale appelle une qualification qui répond aux spécificités de la matière. Le recours au droit judicaire interne pour qualifier la compétence internationale paraît inopportun aussi bien par rapport à l'objet de cette compétence **(Paragraphe I)**, que par rapport à son régime **(Paragraphe II)**.

---

[1] L'article 18 CPCC dispose : « *La partie qui aura été appelée devant un tribunal du même degré que celui qui est territorialement compétent peut soulever l'incompétence de ce tribunal, mais elle est tenue, de présenter son déclinatoire avant toute défense au fond, à peine d'irrecevabilité* ».

[2] Cass. Civ. n° 2830 du 7 décembre 2006, *Bull.* 2006, p. 283.

[3] Cass. Civ., 12 juillet 1950, *JDI* 1950, p. 1206 note Goldman, *RC* 1952, p. 509, note Francescakis.

[4] Cass. Civ., 2 février 1982, *D.* 1983, *IR*, p. 149, note Audit.

Paragraphe I : L'objet de la compétence internationale exclut les qualifications de droit judiciaire interne

Il parait difficile d'adhérer aux qualifications inspirées du droit judiciaire interne quant à la nature de la compétence judiciaire internationale. Le problème réside dans le raisonnement de départ adopté par les défenseurs de ces qualifications. La qualification de la compétence internationale comme étant une compétence d'attribution ou une compétence territoriale n'était loisible qu'à travers une assimilation de l'objet de ces compétences à la compétence internationale. Or, le vice de ces thèses réside, justement, dans cette assimilation erronée. La compétence judiciaire internationale n'est réductible, en fait, ni à une compétence d'attribution **(A)**, ni à une compétence territoriale **(B)**.

A- La compétence internationale n'est pas réductible à une compétence d'attribution

Les tenants de l'aspect *ratione materiae* de la compétence internationale affirment que la question de la compétence judiciaire internationale touche en premier ordre à la souveraineté des Etats[1]. Aux yeux de ces auteurs, le conflit de juridiction implique, en fait, un conflit de souverainetés. La détermination du champ de la compétence juridictionnelle des tribunaux du for met en cause l'ordre juridique étranger[2].

Or, cette affirmation est, non seulement erronée, mais irrationnelle aussi. Les règles régissant la compétence internationale des tribunaux tunisiens n'ont, ni pour but, ni pour objet la répartition internationale des litiges. La détermination des cas de compétence internationale des tribunaux tunisiens n'implique aucunement l'incompétence des tribunaux étrangers concernant les mêmes litiges[3]. Les règles de compétence internationale sont des règles matérielles qui déterminent d'une manière unilatérale les différentes hypothèses de compétence exclusive ou possible des tribunaux tunisiens.

D'ailleurs, dans son arrêt du 7 décembre 2006[4], la Cour de Cassation rappelle : « *La déclaration par les tribunaux tunisiens de son incompétence n'implique pas ipso facto la compétence des tribunaux étrangers* ». La Cour ajoute : « *La logique spécifique au droit judiciaire interne selon laquelle l'octroi par le législateur d'une compétence dans un domaine précis à une juridiction déterminée implique l'incompétence des autres juridictions concernant cette catégorie de litiges, n'est pas admise en matière de compétence judiciaire internationale. Ladite compétence concerne le ressort des tribunaux tunisiens par rapport aux tribunaux*

[1] Voir : Bartin (E.), *op. cit.,* § 124 et s.

[2] Solus (H.) et Perrot (R.), *op. cit.*, n° 387.

[3] Sous réserve des hypothèses de compétence exclusive des tribunaux tunisiens prévues par l'article 8 du Code de droit international privé.

[4] Cass. Civ. n° 2830 du 7 décembre 2006, précité.



étrangers. Or, en l'absence d'un législateur supra-national, il n'existe pas un critère de répartition des compétences entre les tribunaux tunisiens et les tribunaux étrangers. Aucun législateur national ne peut prétendre accomplir cette tâche »[1].

Aussi, les règles de compétence internationale, en ce qu'elles délimitent le champ de compétence des juridictions tunisiennes, ne peuvent être ramenées à des règles de compétence d'attribution. Celles-ci ont pour objet de répartir les litiges entre plusieurs juridictions relevant d'une même souveraineté selon la nature du litige, son montant et l'aptitude professionnelle de la juridiction[2]. Or, les règles régissant la compétence internationale déterminent uniquement la compétence générale des tribunaux tunisiens sans se prononcer sur l'aptitude professionnelle des juridictions.

Par conséquent, l'assimilation de la compétence internationale des tribunaux tunisiens à la compétence interne d'attribution n'est, en fait, que le résultat d'une analogie inconséquente entre le droit judiciaire interne et le droit judiciaire international. Le recours à la qualification *ratione loci* ne résout pas, non plus, le problème.

B - La compétence internationale n'est pas réductible à une compétence territoriale

Nombreux auteurs et juges se sont laissés séduits par la qualification territoriale de la compétence internationale. A notre sens, cette thèse n'est pas davantage moins critiquable.

Il faut, en premier abord, souligner que les normes gouvernant la compétence territoriale ont pour dessein premier la répartition des litiges entre des juridictions localisées sur un même territoire. L'impératif de bonne administration de la justice implique une désignation territoriale du tribunal *ratione materiae* compétent.

Or, la logique des normes gouvernant la compétence internationale est totalement distincte. Nous avons déjà précisé que la compétence internationale ne répond pas à une logique répartitrice entre les tribunaux nationaux et les tribunaux étrangers[3]. De surcroît, la compétence territoriale a pour mission de localiser des litiges ayant des objectifs identiques entre des juridictions de même type, alors que la compétence

---

[1] Nous regrettons, néanmoins, la conclusion de la Cour dans cet arrêt sur l'aspect *ratione loci* de la compétence internationale des tribunaux tunisiens. Voir *supra*.

[2] Voir les articles 21 et s. du CPCC relatifs au mode de délimitation de la compétence et du ressort des tribunaux.

[3] La doctrine française affirme : « *L'ordre juridictionnel français ne se confond pas avec le territoire français, ce n'est pas une entité concrète et localisée (…). En attribuant compétence à un ordre juridictionnel, on se prononce sur une question radicalement différente de celle de la compétence territoriale qui est attribuée à une juridiction en raison de son emplacement géographique* ». Mayer (P.) et Heuzé (V.), *Droit international privé*, 10ème édition, Montchrestien, Paris, 2010, n° 277.

internationale à pour objectif la répartition des litiges ayant des objets identiques entre des juridictions de nature différente et situées sur des territoires ne relevant pas du même impérium[1].

Compte tenue de ces différentes distinctions entre la compétence internationale et les compétences *ratione materiae* et *ratione loci* de droit interne, nous ne pouvons nous inscrire dans l'une des alternatives inspirées du droit judiciaire interne. Le régime de la compétence internationale nous fournit un argument supplémentaire pour militer en faveur de son caractère *sui generis*.

Paragraphe II : Le régime de la compétence internationale exclut les qualifications de droit judiciaire interne

Plusieurs éléments caractéristiques du régime de la compétence judiciaire internationale incitent à une qualification spécifique. L'examen approfondi des règles gouvernant la compétence internationale des tribunaux révèle qu'elles obéissent à une logique propre. Cette logique propre se manifeste, aussi bien en matière de compétence internationale directe **(A)**, qu'en matière de compétence internationale indirecte **(B)**.

A- En matière de compétence internationale directe

La compétence internationale directe obéit à un régime propre au niveau des pouvoirs du juge en matière immobilière **(1)** et au niveau des chefs spécifiques de compétence internationale des tribunaux tunisiens **(2)**. L'étude de ces spécificités permet d'affirmer que la compétence internationale ne pourrait être définitivement classée dans une des catégories de la compétence judiciaire interne.

1 - Les pouvoirs du juge en matière immobilière

Certains ont vu dans l'article 10 du Code de droit international privé la preuve de l'alignement de la compétence internationale sur le régime de la compétence territoriale interne[2]. Le raisonnement consiste à préconiser que les règles régissant la compétence internationale des tribunaux tunisiens mettent en cause les

[1] On s'accorde sur ce point avec Hélène Gaudemet-Tallon qui écrit : « *Pour la compétence d'attribution, il s'agit de répartir des litiges ayant des objets différents entre divers types de juridictions coexistant toutes sur un même territoire et relevant d'une même souveraineté. Pour la compétence territoriale, il s'agit de répartir des litiges ayant des objets identiques entre des juridictions de même type coexistant toutes sur un même territoire et relevant d'une même souveraineté. Au contraire, pour la compétence internationale, il s'agit de répartir des litiges ayant des objets identiques entre les juridictions diverses coexistant sur des territoires différents et relevant de souverainetés différentes* », *RC* 1977, p. 44 et s.

[2] Voir *supra*.



intérêts privés des plaideurs, ce qui justifie que l'exception d'incompétence des tribunaux tunisiens soit, conformément à l'article 10 du Code de droit international privé[1], soulevée *in limine litis.*

Néanmoins, cette affirmation devrait être tempérée eu égard à l'exception prévue par l'article 4 du Code de droit international privé[2]. Cette disposition qui valide les clauses attributives de compétence en faveur des juridictions tunisiennes, excepte le litige dont l'objet est un droit réel sis à l'étranger. Ainsi, l'exception d'incompétence internationale des juridictions tunisiennes pourra être soulevée par les parties à n'importe quelle étape de la procédure si le litige concerne un bien immobilier sis à l'étranger. Même plus, le juge est tenu de soulever d'office son incompétence en la matière. D'ailleurs, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 7 décembre 2006, déclare : « *Le fait de considérer la compétence internationale des tribunaux tunisiens une compétence territoriale n'empêche la Cour de soulever d'office son incompétence si l'objet du litige est un droit réel relatif à un immeuble situé en dehors du territoire tunisien* »[3]. Cette exception d'ordre public, garantit, aux yeux de la Cour, d'une part, le respect de la souveraineté des Etats étrangers et, d'autre part, l'effectivité des jugements.

2 - Les chefs spécifiques de compétence internationale des tribunaux tunisiens

L'examen de la jurisprudence tunisienne relative aux chefs de compétence internationale directe des tribunaux tunisiens fragilise l'affirmation selon laquelle la compétence internationale est une simple projection, sur le plan international, des règles de la compétence territoriale interne. Effectivement, la jurisprudence tunisienne a réussi à ajouter deux chefs supplémentaires de compétence internationale directe non prévus par le Code de droit international privé. Les juges n'ont pas hésité à étendre leur juridiction aux justiciables tunisiens, soit par peur du déni de justice, soit par référence à la nationalité tunisienne.

Ainsi, les tribunaux se sont reconnus compétents en matière de statut personnel dans des hypothèses où le défendeur ne réside pas en Tunisie[4]. Les juges motivent leur position en faveur de la partie tunisienne par crainte d'un déni de justice. En effet, le juge tunisien devrait reconnaître sa compétence chaque fois où la

[1] L'article 10 du CDIP dispose : « *L'exception d'incompétence des juridictions tunisiennes doit être soulevée avant tout débat quant au fond* ».

[2] L'article 4 du CDIP dispose : « *Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles, ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles ; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien* ». Pour une application de l'exception de l'article 4 *in fine,* voir : TPI de Tunis n° 9293 du 21 février 2000, inédit.

[3] Cass. Civ., n° 2830 du 7 décembre 2006, précité.

[4] La résidence du défendeur en Tunisie est le principal critère de compétence internationale des juridictions tunisiennes conformément à l'article 3 du CDIP qui dispose : « *Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation, civile et commerciale entre toutes personnes quelque soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie* ».

déclaration de son incompétence serait de nature à menacer sérieusement le doit d'accès à la justice[1]. Dans son jugement du 3 décembre 2005[2], le Tribunal de Première Instance de la Manouba, après avoir exposé les dispositions des articles 3 et 4 du Code de droit international privé, affirme : « *Par exception à ce principe (compétence à raison de la résidence du défendeur en Tunisie), les tribunaux tunisiens peuvent se déclarer compétents chaque fois où leur incompétence serait de nature à causer un déni de justice pour la défenderesse (tunisienne)* ».

Les juges n'ont pas hésité aussi à consacrer le privilège de nationalité en matière de compétence internationale des tribunaux tunisiens. Les juges de fond[3], soutenus par la Cour de Cassation[4], érigent la nationalité tunisienne en critère autonome de compétence internationale directe des juridictions tunisiennes. Ainsi, en dépit du fait que le législateur ait banni la nationalité tunisienne en tant que chef de compétence internationale directe des tribunaux tunisiens, la jurisprudence va à l'encontre de ce choix[5]. Conséquemment, il est difficile de qualifier la compétence internationale en tant que compétence territoriale lorsqu'elle découle de la nationalité tunisienne de l'une des parties.

L'existence de ces différents critères de compétence internationale directe non prévus par le droit judiciaire interne permet de constater la spécificité de la compétence internationale par rapport à la compétence interne.

B - En matière de compétence internationale indirecte

La nature de la compétence internationale pourrait avoir des répercussions en matière de reconnaissance des décisions étrangères. Dès la promulgation du Code de droit international privé, la compétence internationale indirecte, en tant que condition de régularité internationale des jugements étrangers, est, désormais, contrôlée à l'aune de la compétence exclusive des juridictions tunisiennes. L'article 8

[1] Voir : TPI de la Manouba n° 34 du 13 janvier 2004, inédit ; TPI de la Manouba n° 950 du 28 décembre 2004, inédit ; TPI de Tunis n° 47846 du 8 mars 2004, inédit. Sur l'ensemble de la question, voir : Bostangi (S.) « Vers la consécration d'un nouveau critère de compétence internationale des tribunaux tunisiens : le for de nécessité », in. *La passion du droit, Mélanges El Arbi Hachem*, FDSPT, 2006, p. 214 ; *cf.* même auteur : Chronique de droit international et européen, *JCP.* Ed. G. 2005, I, 110.

[2] TPI de la Manouba n° 1465 du 3 décembre 2005, inédit.

[3] Voir à titre d'exemples : TPI de Tunis n° 44319 du 24 juin 2004, inédit ; CA de Tunis n° 216 du 7 avril 2004, inédit.

[4] Voir à titre d'exemples : Cass. Civ. n° 12295 du 14 février 2002, *Bull.* 2002, I, p. 22 ; Cass. Civ. n° 3181 du 22 octobre 2004, inédit.

[5] Sur cette question, voir : Ghazouani (M.), « Nationalité et compétence judiciaire internationale » *in. Le Code tunisien de droit international privé, deux ans après,* Première journée d'études en droit international privé, FSJPST, 19/04/2000, CPU, 2003, p.13 ; *cf.* même auteur : « Les cas de la compétence internationale des juridictions tunisiennes en matière des litiges familiaux », *RTD* 2005, p. 258.

du Code de droit international privé dresse une liste de matières dans lesquelles la compétence du juge tunisien est exclusive de toute autre compétence. Ces différentes hypothèses de compétence exclusive, à fondement souverainiste, veillent à la bonne administration de la justice.

La compétence exclusive des tribunaux tunisiens concerne des matières, énumérées à titre limitatif, dans lesquelles le juge tunisien est, aux vues du législateur, seul apte à juger les litiges afférant à ces matières. L'examen de l'ensemble de ces matières révèle que l'exclusivité de la compétence peut concerner l'objet du litige (la nationalité) comme le rattachement du litige au territoire tunisien (mesures d'exécution, immeubles situés en Tunisie).

Par conséquent, en matière de reconnaissance des jugements étrangers, le juge du for se trouve dans l'obligation de soulever d'office la violation, par le juge étranger auteur du jugement à exéquaturer, d'une compétence tunisienne exclusive. Cette intervention d'office du juge de l'exequatur n'est pas un simple pouvoir, mais une obligation à lourdes conséquences. D'ailleurs, la jurisprudence tunisienne n'hésite pas à opposer l'inobservation des compétences tunisiennes exclusives pour refuser la reconnaissance des jugements étrangers. La jurisprudence tunisienne semble veiller au respect des différents cas de compétence exclusive des juridictions tunisiennes en application de l'article 11 du Code de droit international privé. Ainsi, dans un arrêt datant du 24 avril 2003, la Cour d'Appel de Tunis déclare : « *D'autre part, la matière de la responsabilité ne rentre pas dans le cadre de la compétence exclusive des juridictions tunisiennes puisqu'elle n'a pas été prévue par l'article 8 du Code énumérant, à titre limitatif, les cas de ladite compétence* »[1] . L'affirmation de la même Cour est plus catégorique dans son arrêt du 22 février 2006. Les juges évoquent l'idée de compétence « naturelle » des tribunaux tunisiens pour viser leur compétence exclusive. La Cour affirme : « *Le jugement espagnol objet de la demande d'exequatur, a violé les principes fondamentaux de la compétence naturelle (exclusive) des juridictions tunisiennes et, partant, il n'a pas respecté la souveraineté tunisienne*»[2]. Ce pouvoir/devoir d'intervention d'office du juge de la reconnaissance consolide l'affirmation selon laquelle la compétence internationale est loin d'être une simple transposition de la compétence territoriale du droit judicaire interne.

Conclusion

La spécificité du régime applicable à la compétence internationale n'est, en fait, qu'une manifestation des caractéristiques propres au droit gouvernant les relations privées internationales. Les besoins spécifiques des situations inhérentes aux relations privées internationales impliquent des chefs de compétence

[1] CA. de Tunis n° 93169/91187 du 24 avril 2003, inédit.

[2] CA. de Tunis n° 22715 du 22 février 2006, inédit.

intrinsèques au droit international privé. Ces chefs de compétence ne peuvent, en aucun cas, être présentés comme étant une reprise des règles de la compétence territoriale interne des tribunaux tunisiens.

Aussi bien les pouvoirs du juge en matière immobilière que les chefs spécifiques de compétence internationale des tribunaux tunisiens prouvent le régime propre auquel obéit la compétence internationale directe. De plus, les normes gouvernant la compétence internationale indirecte fortifient la qualification propre de la compétence judiciaire internationale.

Ce constat affirme encore une fois que la compétence internationale ne pourrait être définitivement classée dans une des catégories de la compétence judiciaire interne. Le recours au droit judicaire interne pour qualifier la compétence internationale paraît inopportun aussi bien par rapport à l'objet de cette compétence que par rapport à son régime. La compétence internationale n'est pas une projection, sur le plan international, de la compétence territoriale ou de la compétence d'attribution du droit interne.

Au final, nous pouvons affirmer que la compétence internationale des juridictions ne peut être assimilée, ni à une compétence *ratione materiae*, ni à une compétence *ratione loci*. Il s'agit d'une compétence hybride, une compétence *sui generis* dont le régime est spécifique.

BIBLIOGRAPHIE :

- Bartin (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Domat-Montchrestien, 1930-1935.
- Batiffol (H.) et Lagarde (P.), *Droit international privé*, T. II, 7ème édition, Paris, LGDJ, 1983, n° 669.
- Bostangi (S.) « Vers la consécration d'un nouveau critère de compétence internationale des tribunaux tunisiens : le for de nécessité », in. *La passion du droit, Mélanges El Arbi Hachem*, FDSPT, 2006.
- Bostangi (S.), Chronique de droit international et européen, *JCP*. Ed. G. 2005.
- Charfi (M.), « L'exequatur des jugements étrangers et des sentences arbitrales internationales en Tunisie ». *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier. Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI siècle*. Dalloz, 2001.
- Chedly (L.) et Ghazouani (M.), *Code de droit international privé annoté*, CEJJ, Tunis, 2008.
- Couchez (G.), « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », *TCFDIP*, 1977.
- De Vareilles-Sommières (P.), « Jugement étranger (matière civile et commerciale) », *Rep. D. dr. int*. 2001.
- Gaudemet Tallon (H.), « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau code de procédure civile : aménagement ou bouleversement », *RC* 1977.
- Gaudemet-Tallon (H.) « Compétence civile et commerciale », *Rep. D. dr. int.*, 2007.

- Ghazouani (M.), « Les cas de la compétence internationale des juridictions tunisiennes en matière des litiges familiaux », *RTD* 2005.
- Ghazouani (M.), « Nationalité et compétence judiciaire internationale » *in. Le Code tunisien de droit international privé, deux ans après,* Première journée d'études en droit international privé, FSJPST, 19/04/2000, CPU, 2003.
- Huet (A.), « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *JC. dr. int*. Fasc. 581-10, 2002.
- Huet (A.), « Le Nouveau Code de procédure civile du 5 décembre 1975 et la compétence internationale des juridictions française», *JDI* 1976.
- Kotrane (H.), « Réflexions sur l'évolution de la théorie de la compétence territoriale », *RTD* 1983.
- Lagarde (P.), « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », supplément à la *Revue Lamy*, droit des affaires, n° 46, février 2002.
- Matscher (F.), « Etude des règles de compétence judiciaire internationale dans certains conventions internationales », *RCADI* 1978, 168.
- Mayer (P.) et Heuzé (V.), *Droit international privé*, 10ème édition, Montchrestien, Paris, 2010, n° 277.
- Mezghani (A.), *Commentaires du Code de Droit International privé,* CPU, Tunis, 1999.
- Mezghani (A.), *Droit international privé : Etats nouveaux et relations privés internationales*, CERES-CERP, Tunis, 1991.
- Meziou (K.), *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisien et français : Le cas de divorce des couples mixtes*, Thèse de doctorat d'Etat, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1982.
- Sinay Cyterman (A.), *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse, Strasbourg, 1980.
- Solus (H.) et Perrot (R.), *Traité de droit judiciaire privé,* T. 2, La compétence, Sirey, 1973.
- Théry (P.), *Pouvoir juridictionnel et compétence (Etude de droit international privé),* thèse, Paris II, 1981.



The importance of institutional maritime arbitration in the light of international disputes: Comparative study of the rules of arbitration institutions

أهمية التحكيم المؤسسي البحري في ظل المنازعات الدولية

دراسة مقارنة بين قواعد المؤسسات التحكيمية

Dr. Azab Alaziz Al Hashemi, Member of the International Trade Council France

Arbitrator and member of the American Center for International Law Texas

Member of the International Arbitration Association Brussels

الدكتور عذاب العزيز الهاشمي، عضو المجلس الدولي التجاري فرنسا

محكم وعضو المركز الأمريكي للقانون الدولي تكساس

عضو جمعية التحكيم الدولي بروكسل

الملخص

نشأ التحكيم المؤسسي في نهاية القرن التاسع عشر وتطور تطورا سريعا لا سيما على صعيد التجارة الدولية. وأنشئت عدة مراكز غالبا ما تكون من القطاع الخاص متخصصة لهذا الغرض، خاصة مع تطور المنازعات وشيوع الالتجاء إلى هذه المراكز بإدراج شرط في العقود الدولية يقضي باللجوء إلى ذلك.

ويعد التحكيم المؤسسي صورة من صور التحكيم يتميز بعدة خصائص وأثار تميزه عن التحكيم الحر الأسبق ظهورا من الناحية التاريخية. وعليه سنحاول التعرض للنظام القانوني للتحكيم المؤسسي البحري، وذلك من خلال تحديد مفهومه والوقوف على أهم خصائصه، والإشكالات التي يطرح، وتمييزه عن التحكيم الحر.

الكلمات المفتاحية : التحكيم المؤسسي - المنازعات الدولية - القواعد التحكيمية.

Abstract

Institutional arbitration arose at the end of the nineteenth century and developed rapidly, especially in the area of international trade. And several centers were established, often from the private sector, specialized for this purpose, especially with the development of disputes and the prevalence of resorting to these centers by including a clause in international contracts requiring asylum.

Institutional arbitration is considered a form of arbitration characterized by several characteristics and effects that distinguish it from free arbitration, which is historically evident. Accordingly, we will try to expose the legal system to institutional maritime arbitration, by defining its concept and examining its most important characteristics, and the problems that arise, and distinguishing it from the arbitration:

Introduction

In our view, institutional arbitration, due to its advantages, is the best way to solve maritime disputes, because it provides the competing parties with confidence, reassurance, experience and specialization in the dispute by permanent centers of well-known reputation in this field. Adversity has the trouble of agreeing on various details of this process, enabling them to gain time which is an essential element in the business world that is based on two important pillars: speed and credit.

Accordingly, we will try, through this study, to identify the most important guarantees provided by the institutional arbitration of maritime disputes, thus preserving their peculiar character and driving investment in the field of maritime navigation.

Key words :(institutional arbitration - international disputes - arbitration rules)

The importance of research and study hypotheses

This law is based on several foundations, all of which reflect the legislator's awareness of the nature of the arbitration system in terms of:

First: Keeping pace with modern international trends regarding commercial arbitration:

This was evidenced by the transfer of substantive provisions contained in the Model Law on International Commercial Arbitration issued by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) in 1985, the commitment to divide its chapters and the distribution of texts, and to establish a balance between the nature of global drafting as contained in the Model Law and the requirements of legislative drafting National.

Second: Taking into account the nature of arbitration in terms of being an agreed judiciary based on freedom of the will of the parties and not imposed by a commanding text:

This was evidenced by what was stipulated in Article 4 - contained in Chapter One (General Provisions), which the legislator singled out for tariffs - in the first clause of it that the term arbitration in the provision of this law goes to "arbitration agreed upon by the parties to the conflict of their own free will, whether it is the body that undertakes Arbitration procedures pursuant to the agreement of the parties, an organization or a permanent center for arbitration, or not.

Third: Respecting the will of the two parties to arbitration by giving them freedom to organize it in the manner that suits them:

This was evidenced by the approach taken by the legislator from an approach that leaves the parties free to agree on how to appoint and nominate arbitrators, choose the rules that apply to the procedures and those that apply to the subject of the dispute, and set the place of arbitration and the language in which it is used, while setting up backup rules that apply when there is no agreement .

Fourth: Adopting the principle of speed in completing the procedures for issuing the arbitration award:

This was evident in the fact that the legislator permitted the arbitration board to continue the procedures despite challenging its decision and choosing reasonable dates for the procedures, and setting a time limit that the parties after his expiry may request to end the procedures in preparation for raising the dispute to the state's jurisdiction.

Research problem.[1]

The parties plead in agreement with the arbitrator they have chosen because of his experience and integrity and his ability to resolve the dispute between them and to convince them whatever the arbitrator's decision may be, which leads them to implement his decision, which leads to the continuation of relations between the parties and their cooperation, even after the dispute between them has ended. Arbitration has a particular and distinctive characteristic that distinguishes it from the ordinary judicial system.

Research Methodology

In our study, we will follow the subject of research marked with arbitration in maritime institutional arbitration and international arbitration rules. The approach of comparative study and descriptive analysis.

Reasons for choosing a topic

Among the most important reasons that led us to choose the subject of the research are:

1- The importance of institutional arbitration in achieving commitment to the international norm in the developing countries, as countries compete with each other in order to attract investments to their lands, especially in the Persian Gulf after what happened in the Arab region and the

[1] An arbitration agreement is an agreement by which certain parties agree not to resort to the national court and to comply with one or more arbitrators they choose to settle their disputes. The term arbitration agreement includes the two traditional forms: the lease agreement and the arbitration clause. The arbitration clause includes the text contained in the provisions of a particular contract, which decides to use arbitration as a means of resolving and enforcing disputes that may arise concerning the contract (see Fouchard (Ph)), commercial trainee in Traite de l'arbitrage ational, L.C.C, Paris. 1996, pp. 213—57



emergence of a large void in the investment side, and the developed countries' fear of investment It is due to security problems.

Research objectives

Arbitration is characterized by flexibility, speed of dispute resolution and speed of dispute resolution procedures, as the procedures are generally determined by the parties involved, which allows the arbitrator to proceed accordingly, thus saving a lot of time, particularly for maritime arbitration. All these advantages have led the parties to recognize the importance of commercial arbitration, which has led them to use it to monitor social and economic developments, including arbitration in banking, financial and marine insurance cases. The arbitrator shall not be subject to any discrimination or control. Such ratification will result in the judgment becoming enforceable.

Experiences of some countries in arbitration and arbitration rules

Most investment disputes at the present time are resolved by these institutions

As for the legislation, we find that the Iraqi pleadings law No. (83) for the year 1969 (the amended) did not refer to the definition of arbitration, but it permitted the agreement to arbitrate in a specific dispute, as well as the agreement to arbitrate in all disputes that arise from the implementation of a specific contract

As for the effective Iraqi investment law, it did not refer to the definition of arbitration, but it was indicated in (27F4) of it that ((parties to the dispute may resort to arbitration in accordance with Iraqi law .[1]

As for the Egyptian law, the Arbitration Law in Civil and Commercial Articles No. 27 of 1994 (amended stated in the text of Article (4P1) that ((the term arbitration in the provision of this law is devoted to arbitration, which is agreed upon by the parties to the dispute by their free will, whether The party that performs the arbitration procedures according to the agreement of the parties was an organization or a permanent center for arbitration or not)).

As for the Egyptian Investment Guarantees and Incentives Law, it did not refer to the definition of arbitration, but it did allow arbitration to settle disputes related to the provisions of this law

[1] Abdul Hamid Mohammed Al-Hosani, Maritime Arbitration, New University House, Alexandria, 2007, p. 54.

As for Saudi law, the Saudi Arbitration Law No. 46, on 12/3/1403 AH, did not refer to the definition of arbitration, but it permitted the agreement to arbitrate in a specific existing dispute, and it also agreed in advance to arbitration in any dispute arising as a result of the implementation of a specific contract

As for the Saudi investment law, it also did not refer to the definition of arbitration.

As for French law, the French pleading law No. 500/81 of 1981, which was in force, did not refer to the definition of arbitration, but it permitted recourse to arbitration to resolve disputes arising or that arose between them later.

As for the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 with the amendments adopted in the year 2006, he referred to the definition of arbitration in the text of Article Article (2 / A) of it as arbitration means ((i.e. arbitration, whether it is undertaken by a permanent arbitration institution or not.

It becomes clear to us from the advanced definition that it was not inclusive and inhibiting because it only referred to the administrative body that can manage the arbitration process whether it was taken over by a private arbitration institution or not by institutions, and this is called free arbitration.

As for the international agreements governing arbitration, as far as we know, they did not refer to the definition of arbitration.

As for the judiciary, arbitration has been defined by the Egyptian Court of Cassation as "(a way to settle disputes, which is based on exit through regular litigation and failure to adhere to the procedures for pleadings before the courts with the basic principles of litigation and not violating what was stipulated in the arbitration section".

Likewise, the same court went to another ruling that arbitration "is an exceptional way to settle disputes, and its consist is a departure from ordinary litigation".

The Supreme Constitutional Court in Egypt pointed out that the intended arbitration is defined as ((displaying the dispute between two parties to an arbitrator who is appointed by a third party and appointed by their choice or in the light of conditions determined by them). In its aspects that

the two parties referred to it after each of them gave his point of view in detail through the main guarantees of litigation)) (16). Also, the Jordanian Court of Cassation defined arbitration as ("an exceptional way to settle disputes, limited to what the will of the parties to the arbitration went to, and the court should not expand the interpretation of the contract that includes the arbitration clause to determine the disputes subject to arbitration)" .

After highlighting the definition of arbitration, we can define arbitration as "a procedural guarantee for resolving investment disputes and an exceptional path for parties to the investment contract based on their agreement taken either as a condition contained within the terms of the investment contract before the dispute arose or an arbitration clause concluded before or after the dispute arises, with the aim of Resolving their disputes away from procrastination by a binding and final ruling that cuts off the rivalry.[1]

Research plan

I- Prerequisite: institutional arbitration.

II- Requirement is institutional arbitration in maritime disputes.

III-Requirement: A Comparative Study of the Arbitration Rules of International Institutions

The first requirement

Institutional Arbitration

I-1: the legal system of institutional arbitration

Institutional arbitration began at the end of the 19th century and developed rapidly, particularly in international trade. Several centers, often specialized in the private sector, have been established for this purpose, in particular because of the development of litigation and the frequent use of such centers by including an obligation in international recourse contracts.

[1] Mohammed Abdel Fattah Turk, ibid., P. 415.414.

Institutional arbitration is a form of arbitration characterized by several characteristics and effects that distinguish it from the previous free arbitration that has historically emerged. Accordingly, we will attempt to address the legal system of institutional arbitration by defining its concept, identifying the most important characteristics and problems, and distinguishing it from arbitration as follows:

1. The concept of institutional arbitration:

The growth of international trade in all its forms and the scale and complexity of disputes have led to the limitation of freedom of arbitration, which must be invoked before permanent arbitration bodies and centers, which requires us to define institutional arbitration and to distinguish it.

Definition of institutional arbitration

Institutional or regulated arbitration is defined as arbitration conducted at the discretion of the parties by a permanent arbitral tribunal. These centers prepare and facilitate the arbitration of the parties to the dispute by managing the arbitration process from beginning to end by assisting the parties in selecting their arbitrators from the lists established by these centers and by preparing the place where the arbitral tribunal meets.

Some define it as follows: Arbitration in which the parties agree to submit to arbitration disputes that will arise or have already arisen before one of the permanent institutions of arbitration, where the arbitration procedure takes place from the beginning, i. e. from the receipt of the request until the award is issued through its administrative bodies and predefined rules.[1]

This type of arbitration is called several names, such as permanent organization arbitration, permanent organ arbitration, statutory arbitration, regulatory arbitration or structured arbitration, and in this study, we will adopt the term institutional arbitration, regardless of the

[1] Abdul Hamid Mohammed Al-Hosani, Maritime Arbitration, New University House, Alexandria, 2007, p. 54.

name of the organization, arbitration institution, arbitration chamber, arbitration association, arbitration committee or arbitration tribunal.

Consequently, institutional arbitration is based on two main elements:

1- Permanent Arbitration Centre with an organic and organizational structure of the headquarters and the arbitration board of directors, a list of arbitrators and an arbitration list.

The arbitration center organizes, manages and supervises the arbitration process itself through the secretariat and administrative bodies, from the receipt of arbitration requests to the publication of the arbitrator's decision. Once the center was selected, the parties also chose their own rules.

While this adaptation is correct, it should not be relied upon, although it is true that the use of institutional arbitration and the tendency of the parties to find a solution to the dispute in accordance with the arbitration rules of an institution or arbitration center imply the application of those rules to the arbitration procedure. However, we must not lose sight of the fact that the use of institutional arbitration does not prevent the parties from choosing certain legal rules or laws to apply to the proceedings at the beginning of the arbitration process. The case of silence the compensation rules special categories of arbitration rules of this institution is applied.

2. Distinction between institutional and arbitration

Maritime control may be institutional or free, the latter being the oldest manifestation of institutional arbitration, but for several factors its scope has been limited to institutional arbitration, in particular in private disputes to which the State is not a party and which holds sovereignty. Therefore, it is important to distinguish between institutional arbitration and free arbitration, identifying the person responsible for the distinction between them, and there is no doubt that the mode of procedure is the most distinctive between them, as the parties to free arbitration choose the rules of procedure themselves outside the arbitration institutions, while

the administration of the arbitration remains. It takes place in accordance with the Centre's rules on institutional arbitration.

Consequently, the distinction between institutional arbitration and free arbitration lies in the delay in one of the two distinctive elements of institutional arbitration mentioned above: (1) A permanent arbitration center with an organic and organizational structure consisting of an arbitration seat, a board of directors, a list of arbitrators and an arbitration list. The arbitration center organizes, manages and supervises the arbitration process itself, through the secretariat and administrative bodies, from the receipt of requests for arbitration to the publication of the arbitral tribunal's decision.

It should be recalled that the reference in an arbitration agreement to an arbitration institution should not be considered as institutional arbitration, but should consider the availability of the two distinctive elements of institutional arbitration in that institution, as we could be in a permanent arbitration center with its own arbitration rules and administrative bodies. It has no role in overseeing the implementation of the regulations or administering the arbitration process. We are therefore faced with free arbitration. In summary, initial arbitration is a free arbitration, unless the agreement of the parties otherwise shows that it is institutional when both of the above elements are available.[1]

Effects of the use of institutional arbitration:

The arbitration agreement, which provides for the use of institutional arbitration, obliges both parties to refrain from using the courts to settle the dispute subject to arbitration. To raise it alone, unless the parties request it, so that both parties can voluntarily, explicitly or implicitly assign it.

[1] Mohammed Abdul Fattah Turk, ibid., P. 415.414.



The importance of this obligation is beyond doubt, since arbitration is a dispute resolution mechanism parallel to the judiciary, and the agreement of the parties to settle the dispute by arbitration before a given institution is within the exclusive competence of the latter. The institution may close the arbitration file and, if it continues, its verdict may be appealed to the courts. The reason for this action is to urge the parties to exercise their obligations on the one hand and to stabilize the judicial centers on the other.

On the other hand, in the case of arbitrators using one of the arbitration institutions, the arbitration system applied by the arbitration institution shall be respected and may not be excluded from that system, except to the extent permitted by the system itself. The procedures and selection of arbitrators to settle the dispute do not pose any problems in this type of arbitration, unlike free arbitration, because the rules followed in this arbitration institution deal with these issues, in order to force the arbitrators to entrust the arbitration to an arbitration center implicitly inferred from its agreement to follow the Rules and Instructions of this center.

Institutional arbitration also entitles the arbitral institution to which the dispute was submitted before and during the dispute by the arbitral tribunal, as stipulated in its rules, and the institution is then competent to the extent provided for in these rules, but in the event of a dispute For a particular case between the national judiciary and the arbitral institution, it is a matter of public policy.

Finally, it should be noted that the choice of the parties in institutional arbitration facilitates their failure or agreement on the place of arbitration, because what is contained in the rules of arbitration centers and bodies often guarantees this specificity, which often raises problems of free arbitration.

Notwithstanding the foregoing, the parties to the dispute who have chosen this arbitration procedure shall take into account the following elements:

1. Care must be taken to ensure that the jus covens of the country of the place of arbitration and those contained in the Centre's Rules do not conflict. The extent of cooperation between the judicial bodies of the country of arbitration and the arbitration center, because recourse to arbitration is not essential for the judiciary, as it must act as a supporter, both when the arbitration takes place outside the arbitrators' jurisdiction and when the enforcement is carried

   out after the judgment is delivered. Taking into account the conditions relating to the validity of the arbitration agreement and the conditions of the arbitrators and restrictions on the freedom of the parties to choose the law applicable to the subject .[1]
2. matter of the dispute, or the authority of the arbitrators to eliminate peace and contained in the country of arbitration. In the event of a problem, the work of the arbitral tribunal is difficult if it does not make it impossible.

I -2. Advantages of institutional arbitration:

Institutional arbitration is characterized by the characteristics of arbitration in general and also specializes in some of the advantages mentioned below:

The benefits of arbitration are generally:

(1) - Jamal Mahmoud Kurdi, ibid., P. 89.

1. Arbitration is characterized by the early resolution of the dispute for several reasons, including the lack of arbitrators and non-compliance with formal procedures generally adopted by the judiciary. The exclusion of the usual methods of recourse to the courts would be an additional element of speed.

[1] Mohammed Abdul Fattah Turk, ibid. at p. 423.

2. The arbitration system is based on the simplification of dispute resolution procedures, which allows for a quick resolution of the dispute, which is not the case in normal court proceedings. Commercial contracts must therefore be processed quickly.

3. Confidentiality is available in arbitration hearings and is important because merchants do not prefer to disclose their trade secrets in court.

4. Avoid the problem of conflict of international jurisdiction before the courts to determine the State whose courts have jurisdiction to hear the dispute, which is not a problem.

5. The presence of arbitrators involved in the dispute before them, because the use of experts is rarely, unlike the judiciary, regardless of the judge's ability in his or her field of competence, but in most cases, he or she is inexperienced in international trade, which may not resolve the dispute Only with the assistance of an expert can he or she not exercise personal knowledge, if an expert is required, despite the time lost waiting for his or her report, in addition to the additional expenses that may result from the expertise.

6. With the expansion of international trade and its expansion due to the globalization of the economy, arbitration in various countries of the world, with different legal and political systems, has become a guarantee for traders in the field of international trade.

As for institutional arbitration, it offers individuals many guarantees, due to the experience and long experience of the centers in this field, as well as qualified human resources capable of pursuing arbitration in all its phases. These guarantees can be summarized as follows:

1. Institutional arbitration ensures that the files on which the dispute has been resolved are archived by the Centre's archives for several years, which can set a precedent and serve as a general principle known to the parties, thereby stabilizing maritime trade. On copies of expert reports, these services are not provided by free arbitration.[1]

[1] Alan Redfern, Martin Hunter. Law and Practice of International Commercial Arbitration, L.G.D.J., London 1991, p. 4

2. Institutional arbitration provides for the possibility of choosing arbitrators on the basis of their competence, quality and nature of the dispute, in particular when it comes to technical issues whose understanding requires particular expertise that is difficult to access.

3. Institutional arbitration is the most effective way to manage arbitration, especially when it involves high-value disputes and complex issues.

4. Institutional arbitration allows litigants to choose arbitrators from the lists approved by the Centre, because operators only rarely know each other, which makes it difficult to agree on some people who perform the arbitration task only through these lists, thus avoiding the difficulties of research.

5. Institutional arbitration is conducted in accordance with the Centre's rules, thus avoiding the arbitrator having to take the trouble to agree on the procedures to be followed before the arbitrator.

6. Institutional arbitration provides administrative services provided by its centers and institutions, such as secretarial services, translation and security of documents, which is not the case in the case of free arbitration.

7. Arbitration institutions must provide well-trained administrative staff on how to organize arbitration, as well as on how it is conducted and monitored from beginning to end.

8. Arbitration institutions shall ensure that the arbitral award is as secure as possible, even in its form. These include ICC rules that the Chamber should consider the arbitral award as a draft before the arbitrators sign it in its final form, and the arbitral tribunal will comply with the formal observations of the Chamber. The Authority's final decision has yet to be adopted or not.

At this stage, we have listed the most important provisions relating to institutional arbitration, which are relevant to the subject of the study, highlighting the guarantees provided by this form of arbitration. All of the above will allow us to determine the ability of this type to resolve maritime disputes...



II - 1 requirement

Institutional arbitration in maritime disputes[1]

The Maritime Trade Act contains several forms of dispute resolution in maritime disputes, including

First: the negotiations

The increased interest in resource exploitation and the threat of mandatory dispute settlement mechanisms have encouraged States to enter into negotiations that may sometimes lead to conflict resolution in the form of a convention or other forms, and negotiation is by far the preferred method for States. Other means when these negotiations fail.

Mandatory dispute settlement mechanisms have shortcomings and risks, while negotiation has important advantages under which the parties will continue the common maritime development process and allow them to focus on stabilizing the implementation of concrete measures to ensure that the parties' fundamental objective is achieved in a free and flexible manner.

Second: mediation

States rarely use mediation or good offices. For example, mediation of the border dispute between Belize and Guatemala was unsuccessful and the dispute was referred to the International Court of Justice.

Third: conciliation

The continental shelf dispute over Iceland's main island, Jay-Main, in 1981, remains one of the few conflicts ever recorded.

[1] An arbitration agreement is an agreement by which certain parties agree not to resort to the national court and to comply with the obligations of one or more arbitrators they choose to settle their disputes. The arbitration clause consists of the text contained in the provisions of a particular contract, which determines the use of arbitration as a means of resolving and settling disputes that may arise with respect to the contract (see Fouchard (Ph)).) et al, Traite de l'arbitrage commercial inte national, L.C.C., Paris. 1996, pp. 213—57

States prefer to use finally binding means to make a decision, especially since conciliation is very similar to arbitration and recourse to arbitration is preferable to conciliation.

Fourth: Arbitration in maritime disputes

It was agreed to divide maritime navigation issues into dry and non-dry matters. The first concerns all commercial uses of ships and non-marine activities related to maritime accidents. The first concerns contracts and their implementation.

Dry navigation has four basic types:

1. Collision.

2. Settlement of joint marine losses.

3. Limitation of liability.

4. Rescue and assistance.

With regard to the limitation of liability, the owner of a ship is entitled to limit his liability for loss or damage for which he may be held liable up to a certain amount calculated on the basis of the ship's cargo under an international treaty.

The types of dry shipping are divided into several types, ranging from passenger ships to bulk or dry cargo ships to tankers. In practice, most disputes arising from these commercial uses are governed by contracts that are either parties to the lease, or for travel or a certain period of time, or loading invoices, or sales and purchase contracts, or even sales contracts. Vessel maintenance.[1]

Arbitration is one of the two parties to the judicial settlement of international disputes. Dr. Abdel Moez Negm said: "In fact, since arbitration began to fall within the scope of the law as a means of settling international disputes, its importance has increased daily. Even after the establishment of the International Court of Justice and the International Court of Justice, A great importance in the settlement of international disputes in our modern world". To illustrate this, the case law of public

[1] Abdul Hamid Mohammed Al-Hosani, ibid., Pp. 26-31.



international law states: "It is not an exaggeration to say that international arbitration has been linked, in terms of its origin and development, to border disputes".

The definition of arbitration within the meaning of Article 15 of the 1899 Hague Convention for the Peaceful Settlement of International Disputes is as follows: "Settlement of disputes between States through judges of their choice and on the basis of respect for the law:" Article 27 of the Hague Agreement No. 1907 on the Peaceful Settlement of International Disputes reaffirmed the same meaning. International judgments have also adopted the same definition.

It is clear from the definition that one of the distinctive features of arbitration is that it is essentially based on the will of the parties to the dispute and the existence of a prior or subsequent agreement on the initiation of the dispute in the first case is called the arbitration clause and by the stipulation of the arbitration, under which the parties to the dispute agree to refer their dispute to arbitration.

Although the arbitration is based on the will of the parties, the procedural organization of the arbitral tribunal with regard to the composition and procedures of the tribunal and the applicable law are, of course, subject to negotiation by the parties to the dispute. It should be noted, however, that this does not mean that the Court is subordinate to these parties.

The majority of maritime arbitrations concern Tramp Shipping, which is not part of regular shipping lines. The vast majority of maritime disputes submitted to arbitration are not submitted to institutional arbitration. London and New York are one of the least institutionalized cities in the world, followed by Paris and Tokyo, where more than 400 maritime arbitrations are published each year.

Reasons for the use of arbitration:

1. The parties' desire to regulate their relationships with the reality of the specialized professional sector in which they work.

2. Keep the confidentiality of ordinary courts that cannot provide them in proceedings and judgments.

3. The speed in the settlement of disputes that they do not have before the ordinary courts, which are generally burdened with numerous cases or so-called judicial suffocation.

4. International maritime relationship because the nationality of the carrier is different from the nationality of the shipper and the nationality of the ship in most cases.

Maritime trade and its contracts are linked to the movement of goods, funds, services and persons from one country to another, this international character is compatible with the nature and flexibility of arbitration.

5. Maritime activities are considered to be one of the most important economic activities in which States have decided to intervene, which has led the parties to try to exclude jurisdiction from the ordinary judiciary for fear of respecting the interests of States parties in maritime relations.[1]

II -2- Types of disputes arising from maritime contracts

1. Ship charter contracts for a certain period of time

These disputes concern the liability of the ship-owner or charterer for losses incurred during the term of the contract.

2. Travel Charter Parties

These disputes relate to the determination of the liability of the lessee or ship-owner for a particular loss or the safety of ports and berths for loading and unloading, or the status of the ship upon delivery to the charterer or penalties for delay.

3. Transportation contracts

Under which the carrier undertakes to make several maritime shipments on one or more ships within an agreed period of time, resulting from a series of lease sharing contracts for a given voyage.

[1] Jamal Mahmoud Kurdi, ibid., p. 89.

4. Loading invoices:

This is one of the means of proof linked to the proof of the contract of carriage between the carrier and the owner of the goods. As a result, most bill of lading disputes relate to loss and damage suffered by the goods during the journey, delay on arrival, non-arrival of the goods or improper delivery of the goods.

5. Sale of used boats:

These are typical contracts used when selling used vessels and most disputes concern the condition of the vessel upon delivery to the buyer.

6. Shipbuilding and repair contracts:

Disputes arise as to whether the vessel complies with the specifications previously agreed between the parties.

7. Insurance and reinsurance contracts:

It concerns insurance-related aspects, in particular among insurers who replace the initial beneficiaries in accordance with the principle of insurance solutions.

8. Other disputes:

They concern other shipping issues, such as complaints against ship suppliers or disputes with port authorities.

Parties to maritime arbitration:

Sellers and buyers of ships are parties to the arbitration and insurance companies may also be parties to maritime arbitration.

- Arbitration conditions:

Most shipping contracts are based on standard contracts or previous contracts originally concluded on the basis of these standard contracts, which contain arbitration clauses and determine in turn the number and mode of arbitrators, as well as the place of arbitration.[1]

[1] Jamal Mahmoud Kurdi, ibid., p. 89.

It should be noted that the appointment of a single arbitrator to review the maritime dispute contributes to expedited procedures and generates cost savings. Some arbitration clauses provide for the appointment of two arbitrators and Faisal. In many cases, the parties agree to settle the dispute through the arbitrators appointed by them without the appointment of the president of the arbitral tribunal, if the verdict is agreed only by documents and without the appointment of a hearing. This procedure is used in about 80% of maritime arbitrations in London.

- Steps in the arbitration procedure:

1. Request for arbitration

After the formation of the Maritime Arbitration Commission by selecting its members by the parties to the dispute or by third parties, in accordance with the conditions that must be fulfilled by the arbitrator as his or her specialty, independence and impartiality. The procedure for submitting this request varies according to the type of arbitration, whether institutional or free. The application generally includes data relating to the determination of the subject matter of the dispute, the designation of the defendant, the documents explaining the reason for the application and the applicant's requests. It must be organized in a number equal to the number of parties to the dispute and the request must be made within the time limit prescribed by law or by agreement so that the applicant's right to make the request is not subject to the expiry of the time limit or limitation.

2. Place of arbitration

A place where a maritime arbitral award is to be made is generally the place of arbitration proceedings. If the arbitration takes place in several places, only one place of arbitration must be legally chosen, which is of great importance in several respects, in particular as regards what may be a determining factor in determining the nationality of the arbitral award and the consequences that may affect its enforcement. It is also an important factor in determining the law applicable to a number of important issues raised by the arbitration. The law of the place of arbitration shall

determine the validity of the arbitration agreement and the manner in which the arbitral tribunal shall be constituted and administered. The place of arbitration is also an important factor in assessing the extent of the relationship between national courts and arbitration and the extent to which those courts are involved in the arbitration proceedings, either by helping to take provisional measures or by deciding on the validity of the original contract.

In most cases, the place is determined by the parties directly or by arbitration before an institutional maritime arbitration center where the arbitration is based, or under the arbitration rules determining the place, the will of the parties involved is the key factor in determining the place of arbitration.

Mission and jurisdiction of the maritime arbitrator:

Before considering a dispute, the arbitral tribunal shall determine its mandate, competence, validity and scope in terms of persons and subject matter in agreement with the Institutional Arbitration Centre or with the parties and their advisors. Through the documents, the arbitration procedure will be followed until the award is made.

If the agreement is not concluded, the arbitral tribunal faces obstacles to its jurisdiction for two reasons:[1]

First: it is a dispute in the presence or validity of the original contract containing the arbitration clause between its terms. Claim the effect of the invalidity of the initial contract on the arbitration clause considered as one of its clauses, because its fate is linked to that of the initial contract.

This obstacle can be overcome by recognizing the independence of the maritime arbitration clause from the original contract. Most maritime arbitration regulations and provisions have followed this principle.

Secondly: the dispute is represented by the absence or invalidity of the arbitration agreement itself from which the maritime arbitrator derives his jurisdiction and that of the courts. Or dispute

[1] See it: Munir Abdul Majeed, The General Bases of International and Internal Arbitration, Without the House and the Country of Publication, 2005, p. 7. Ali Taher Al-Bayati, Maritime Commercial Arbitration, Dar Al-Thaqafa, Jordan, 2006, pp. 56-60.

in the arbitrary beyond its jurisdiction because the arbitration agreement does not cover the foreseeable dispute.

Principles of maritime arbitration procedures:

1. The freedom of the parties to agree on the rules governing the conduct of arbitral proceedings, whether institutional or free.

2. The arbitral tribunal is free to initiate such proceedings when the parties disagree, as they are not essentially bound by the procedures of the national courts, as the source of the powers of the national courts is the law, while the arbitrator finds the source of his powers in the agreement of the parties.

3. There is a cooperative relationship between the arbitral tribunal and the national courts, as the arbitral tribunal may not prevent it from taking interim or provisional measures.

Applicable law:

The parties to a maritime dispute are free to determine the law applicable to the subject matter of the dispute, applying the principles set out in most legislative texts, which establish the priority of the express or implicit will of the contracting parties as long as this choice is not contrary to the rules of jus cogens relating to public policy in the State concerned. This choice is tainted by a fraud of the law that should have been applied to the subject matter of the conflict.

Thus, the maritime arbitral tribunal will apply the law that the parties have expressly agreed to apply in the arbitration agreement, failing which that body may request the tacit consent of those parties.

Freedom is transferred from the parties to the arbitral tribunal if the parties to the relationship do not specify the applicable law explicitly or implicitly. The Authority is free to determine the law it deems appropriate to settle the subject matter of the dispute, a freedom that is limited by the 1978 Hamburg Treaty on International Maritime Transport of Goods by Bill of Lading.

This problem does not pose major problems for the following reasons:

1. The maritime domain is rich in international treaties, bringing together several maritime bases between different countries and meeting the needs of the parties to the maritime conflict as international legislation.[1]

.

2. The maritime field is a specialized professional field characterized by the type of activity that has its own private life and independence, which differentiates it from other fields.

3. The maritime community is a closed society The historical circumstances have made it possible to dominate certain centers where this type of activity is concentrated and take the title of maritime arbitration work such as London, New York and Paris.

Characteristics of maritime disputes and justification for recourse to institutional arbitration:

Maritime disputes are characterized by many characteristics that distinguish them from other commercial disputes. Institutional arbitration, with its particular advantages, is considered to be the most effective way to resolve the dispute in a way that preserves their privacy.

1. Maritime disputes are characterized by their complexity and difficulty due to their essentially technical nature. Their purpose is often of great value and therefore requires judicial processing of legal, technical and commercial data. Thus, arbitration is a formula for settling such disputes, as the tables containing the names of the center's arbitrators include the best experts and arbitrators (masters, shippers, lawyers, etc.), which provides confidence and assurance to the opposing parties, provided that their dispute is examined by an experienced team. And experience and specialization Some maritime arbitration centers have defined the type of maritime relations that give rise to disputes, for example, article I of the International Arbitration

[1] See that Abdul-Hamid Muhammad al-Hosani, previous reference, p. 58.57; Muhammad Abdul-Fattah Turk, previous reference, p. 212,211

Rules, which provides for the examination of disputes relating to maritime commerce and arbitrations relating to the settlement of disputes concerning Ships, maritime transport contracts, maritime insurance and salvage contracts, joint maritime incidents, sale and repair of ships, as well as any other operation related to maritime transport activities.

The generalization of institutional arbitration in this way would lead to the transformation of arbitration into a profession practiced almost permanently by practitioners, which would be an advantage for maritime operators.

On the other hand, institutional arbitration allows arbitrators to overcome the complexity and difficulty of maritime disputes thanks to its technical equipment and human resources with great efficiency due to experience and specialization.

2. Institutional arbitration, because of its flexibility, ensures that arbitrators resolve disputes quickly, allowing them to benefit from the funds in dispute. This feature is not only unique in this form of arbitration, but also includes free arbitration, but not to the same degree, as it may have to easily provide these services through institutional arbitration for the enjoyment of integrated management, which is a benefit that takes time to argue. Before the verdict, Because these questions are dealt with in accordance with the Centre's rules, unlike free arbitration in which they lead to the suspension of proceedings until the judgment of the court, which leads to an extension of the settlement of the dispute.[1]

3. Maritime activity is characterized by an international character. Transactions between the parties to the maritime relationship are generally of different nationalities, particularly with the technological development of the media, where procurement is carried out via the Internet, so that concessionaires often ignore each other, This makes it difficult to agree on certain persons to carry out the arbitration task, and the use of institutional arbitration is in this case the best way to

[1] See Articles 4,5 of the Arbitration Chamber of Maritime Arbitration in Paris.



have nominal lists of arbitrators in each center and the place occupied by certain arbitration institutions for its long tradition and the annexation of the most famous arbitrators at the international level. Hood them as effectively as the Lloyds Maritime Arbitration Chamber.

4. Maritime law is international in nature, because its rules are consistent and similar, despite the different systems and traditions of societies, because the conditions of maritime navigation do not differ according to the nationality of the ship or the shipper. Consequently, the criticism of this position led by developing countries becomes unjustified, namely that most of these arbitration centers exist in industrialized countries and that they have rules, traditions and experts, or even most of them, most of them from industrialized countries, which is considered as a guarantee that arbitrators are not thoroughly familiar with the laws of developing countries, the customs and practices followed and the conditions prevailing in these countries, which are important elements in forming a fair opinion on the circumstances of each case, which have an impact on the determination of the sentence.

III-1 Requirement

A comparative study of the arbitration rules of international institutions

First: - A comparative study between the rules of the main arbitration institutions and organizations

- Selection of arbitrators

If the arbitration agreement provides for the appointment of an arbitrator by the parties or the method of selection of arbitrators, this selection shall be followed.

(B) If the parties do not appoint an arbitrator or provide any method of appointment, the arbitrator shall simultaneously appoint, from the list of arbitrators of the American Arbitration Association, each of the parties to the dispute, a copy of the names of the persons selected from the list.

The American Arbitration Association will invite, in order of preference, approved persons from both lists to accept the task of arbitrator or arbitrators to rule on the dispute.

If the parties knowingly select the arbitrators or if the arbitrators appoint them and authorize them to appoint a neutral arbitrator within a specified period of time and in the absence of such appointment, the American Arbitration Association may appoint a neutral arbitrator to chair the arbitral tribunal.[1]

If the parties are nationals or residents of different countries, the neutral arbitrator shall be appointed at the request of one of the parties from among the nationals of the State party or among the States parties.

The request must be made before the time limit for the appointment of the arbitrator in the agreement of the parties or in accordance with these rules (rule 16).

- Evidence and pleading procedures

The same American system that can follow the procedure, but that arbitrators can change (rule 28)

The questioning of witnesses is certain:

Applicable law:

There is no provision concerning the applicable law (a text may be added to the agreement): the arbitrators are separated in accordance with the terms of the contract, taking into account the application of the customs of trade).

- Arbitral award

Arbitral awards shall be made by a majority of the arbitrators by a short decision without reasons.

[1] Abdul-Hamid Muhammad al-Hosani, op. Cit., P. 19.



- Administrative services

The American Arbitration Association provides comprehensive administrative services.

- Forms of arbitration clause in the American Arbitration Chamber

If the parties agree to arbitrate under the UNCITRAL Arbitration Rules and the American Arbitration Association is the appointing authority and provides its administrative services, it may add this condition:

Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to the termination or invalidity of this contract shall be settled in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules in force on the date of the contract and the appointing authority shall be the American Arbitration Association.[1]

Observation:

Parties may wish to add:

(A) arbitrators (one or three)

(B) Place of arbitration (city or country)

(C) The language or languages used in the arbitral proceedings shall be conducted and the arbitration shall be administered by the American Arbitration Association in accordance with its rules.

Arbitration clause in accordance with the UNCITRAL Joint Venture Regulations:

Any dispute or claim concerning this Agreement or concerning it or its violation shall be settled by arbitration to be held at...

In accordance with the Arbitration Rules of the United Nations International Commercial Arbitration Commission in force at the time of conclusion of this Agreement

[1] Muhammad Abd al-Fattah Turk, op. Cit., P. 343.

The arbitration must be conducted by a person of his or her choice...

The arbitrator shall settle the dispute in accordance with the principles of conciliation.

All arbitration proceedings, including identifiers and memoranda, shall be conducted in (language) and the arbitrator shall accept evidence directly from witnesses and documents submitted by the parties.

All witnesses may be questioned:

The arbitrator shall render his decision in writing and state the reasons therefor, provided that it is rendered within a period of................. months from the date of the request for arbitration. The award is final and binding on both parties.

Payment of amounts paid by doing so in...

The judgment rendered by the arbitrator(s) shall be filed with the competent court.. 0

In accordance with the law of the State in which this Court exists

The parties to the arbitration shall be bound by the costs of the arbitration as determined by the arbitrators, provided that each party pays the costs of experts, evidence and advice.

The Court cannot decide that a judgment cannot be rendered in the absence of a legal provision governing the case and the ambiguity of the law.

- Arbitral award

The Court shall decide all questions by a majority of the votes of its members.

The decision of the Court shall be written and signed by the members of the Court who voted in favor, the arbitral award shall decide all questions submitted to the Court and shall state the reasons on which it is based.[1]

[1] For more information on this topic, see: Muhammad Al-Qalioubi, Maritime Law, Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, 1993, pp. 15-18



- Administrative services

- Full administrative services

III-2 : International arbitration clause forms for the Dispute Resolution Centre

Investment in Washington

The above-mentioned parties agree to submit any dispute arising out of or in connection with this Agreement to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, to be settled by conciliation or arbitration in accordance with the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.

(5) International arbitration clause forms

London Court of International Commercial Arbitration

In accordance with the validity, interpretation and implementation of........................

Any dispute arising out of or relating to this contract, including its validity, amendment or performance, shall be settled by arbitration in accordance with the rules of the London Court of International Arbitration in force at the time.

The arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law apply when such rules are not regulated and the parties agree that all arbitration statements sent to the securities mentioned in the contract (or subsequently in writing) shall be considered valid and sufficient.

- Selection of typical arbitration clauses

1- International Chamber of Commerce (ICC)

All disputes arising out of or in connection with this contract shall be finally settled in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by an arbitrator or arbitrators appointed in accordance with these Rules.

2.AAA International Dispute Resolution Centre

Any dispute or controversy arising out of or relating to this contract shall be settled by arbitration in accordance with the International Arbitration Rules of the American Arbitration Association and the parties may wish to add the following information:[1]

A) The number of arbitrators (one or three) shall be equal to 0

B) The place of arbitration shall be (city or state)

C) The language of the arbitration shall be.....

3- Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA)

Any dispute or controversy arising out of, relating to or in breach of this contract shall be settled by arbitration in accordance with the arbitration rules of the Regional Centre for International Commercial Arbitration in Cairo.

Parties may wish to add the following data:

The designating authority must be 000 (name of the organization or person)

The number of arbitrators is set at one or three.

The place of arbitration shall be (000 city or country)

The language or languages used in the arbitral proceedings are 000

(E) The number of multilateral arbitrators and the manner of their appointment in multilateral arbitration shall be 000; if the parties disagree on this point, the amended rules of the Regional Centre for International Commercial Arbitration in Cairo shall apply and the Centre shall, in accordance with article 8 bias, appoint all arbitrators and determine who shall preside over the arbitral tribunal.

[1] Refer to this: Ali Al-Baroudi, Hani Dowidar, Principles of Maritime Law, New University House, Alexandria, 2003, pp. 87-253. Muhammad Al-Qalioubi, Previous reference, pp. 69-676.

Note: However, it is not necessarily adopted verbatim, as the parties may use other terms at their convenience, but with a clear reference to the organization of the arbitration by the institution concerned.

- The principles of arbitration in disputes

It is important for the public and private sectors to recognize that this legal system was created as a result of considerable economic development, driven very quickly by the rigidity of procedural structures and their inability to keep up with the development of solutions adapted to the spirit of the times and to solve the difficult equation instead of using the old legal structures to try to adapt.

While the legislator has set up an arbitration system to avoid litigants having to resort to justice, it must nevertheless establish rules to be followed before arbitrators, failing which their decisions could not be enforced. Frequent and complex problems rather than easy problems.

The arbitration system is of interest to the various sectors of industry and commerce at all levels, global and local, because it helps to solve many of the sensitive technical problems that are the common denominator in most modern-day disputes and there is no doubt that the competence of these problems will hinder economic growth, due to the length of the proceedings. Regular litigation and its high costs eventually lead to a loss of interest in such disputes.

This arbitration has been in existence since ancient times and has extended to a wide range of disputes, Aristotle argued.[1]

[1] See it: Muhammad Abd al-Fattah Turk, previous reference, p. 344, footnote (5).



Conclusion:

From the previous study, we draw the following:

1- The extent to which institutional arbitration is appropriate to resolving maritime disputes, given the number of reasons we mentioned earlier, which requires us to activate this mechanism in our Arab countries as having a good coastal strip that would, if there were sufficient guarantees to attract a lot of investments, which would push the wheel of development forward in this Countries.

2 - The presence of permanent arbitration centers specialized in resolving maritime disputes will contribute to finding a balance of case law that can be used to formulate model contracts.

Institutional arbitration due to the climate that it provides, from the speed, confidentiality and confidence of the arbitrators and the services of the center that administers the arbitration, makes the disputes between the dealers transient, as the deal is resumed naturally after the verdict is issued, away from defamation of the media, and also ensures that the conflict file is closed as Definitive.

3- The Arab countries should establish specialized centers in maritime arbitration along the lines of the International Chamber of Commerce in Paris, and the Lloyd's Chamber of Maritime Arbitration, especially as the human staff that these countries have of competence cannot be underestimated.

4 - Holding seminars for students on arbitration in general and institutional in particular, and opening specializations in postgraduate studies to teach marine arbitration.

5 - Take advantage of the expertise of the permanent arbitration centers, through scientific missions and conferences.



References

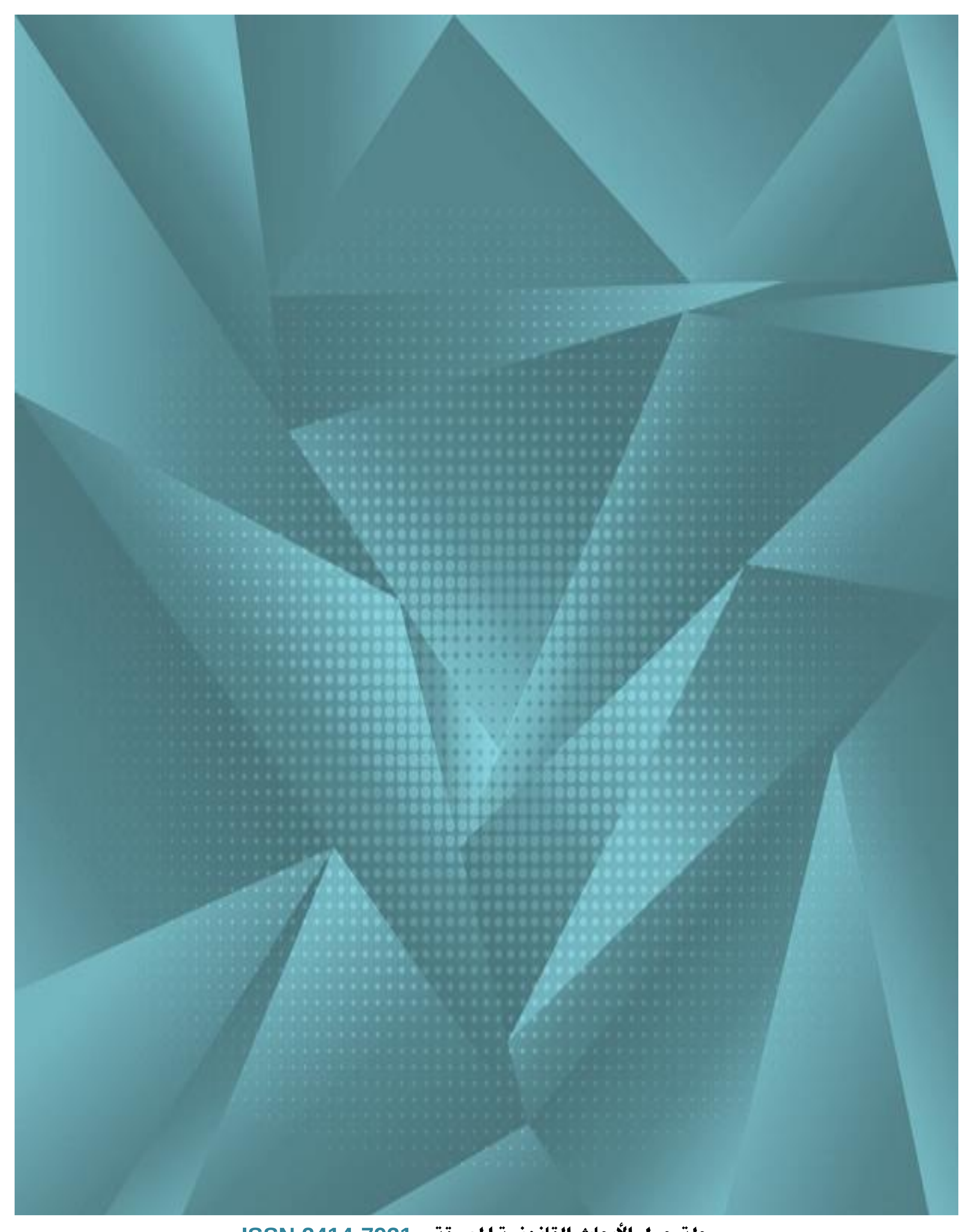
- **(1996),** The arbitration agreement means that agreement whereby certain parties intend not to resort to the national judge and comply with one or more arbitrators who choose them to adjudicate disputes that have arisen or arise between them, and the term arbitration agreement includes the two traditional forms: rent rent, and the arbitration clause. An agreement concluded by the parties is separate from the original contract, by resorting to arbitration in connection with a dispute that already exists between them. As for the arbitration clause, it is the text contained within the texts of a specific contract that decides to resort to arbitration as a means of resolving disputes that may arise over the contract and its implementation. (See also: Fouchard) Ph) et al, Traite de arbitrage commercial inter national, L.C.C, Paris, PP. 213-257
- **Abdul Majeed, Munir, (2005),** The General Bases of International and Internal Arbitration, Without the House and the Country of Publication, 2005, p. 7.
- **Abdul Majeed, Munir, (2005),** the general foundations of international and internal arbitration, without the publishing house and country.
- **Al-Baroudi, Ali, Dowidar, Hani, (2003),** Principles of Maritime Law, New University House, Alexandria, pp. 87-253. Muhammad Al-Qalioubi, Previous reference, pp. 69-676.
- **Al-Baroudi, Ali, Dowidar, Hani, (2003),** Principles of Maritime Law, New University House, Alexandria.
- **Al-Baroudi, Ali, Dowidar, Hani,** Maritime law has a traditional character that made its rules immortal, stable and hardly influenced by time, and there is no doubt that this stability is rarely enjoyed by laws, which made the French jurist Bardiseaux say: "Freedom law passes through the centuries without being affected by the pyramid."op
- **Al-Bayati, Ali Taher, (2006),** Maritime Commercial Arbitration, Dar Al-Thaqafa, Jordan, pp. 56-60.
- **Al-Bayati, Ali Taher, (2006),** Maritime Commercial Arbitration, House of Culture, Jordan.
- **Al-Hosani, Abdul-Hamid Muhammad, (2007),** Maritime Arbitration, New University House, Alexandria, p. 54.



- **Al-Hosani, Abdul-Hamid Muhammad, (2007),** Maritime Arbitration, New University House, Alexandria.
- **Al-Hosani, Abdul-Hamid Muhammad,** op. Cit., P. 19.
- **Al-Hosani, Abdul-Hamid Muhammad,** op. Cit., Pp. 26--31.
- **Al-Hosani, Abdul-Hamid Muhammad,** previous reference, p. 58.57; Muhammad Abdul-Fattah Turk, previous reference, p. 212,211.
- **Al-Kurdi, Jamal Mahmoud, (2003),** The Law Due in Arbitration Law, Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, p. 33.
- **Al-Kurdi, Jamal Mahmoud, (2003),** The Law Due in Arbitration Law, Arab Renaissance House, Cairo.
- **Al-Kurdi, Jamal Mahmoud,** op. Cit., P. 89.
- **Al-Kurdi, Jamal Mahmoud,** op. Cit., P. 89.
- **Al-Qalioubi, Muhammad, (1993),** Maritime Law, Arab Renaissance House, Cairo.
- **Al-Qalioubi, Muhammad, (1993),** Maritime Law, Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, pp. 15-18.
- Articles 4,5 of the Arbitration Chamber of Maritime Arbitration in Paris.
- **El-Feky, Atef Mohamed, (1997),** Arbitration in Maritime Dispute, Arab Renaissance House, Cairo.
- **El-Feky, Atef Mohamed, (1997),** Arbitration in Maritime Dispute, Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, p. 96 and beyond.
- Fouchard (Ph) et al, Traite de l'arbitrage commercial international, L.C.C,
- **Hunter, Martin, (1991),** Droit et pratique de l'arbitrage commerciale international, L.G.D.J, London.
- **Redfern, Alan,**
- **Redfern, Alan, Hunter, Martin, (1991),** Droit et pratique de l'arbitrage commerciale international, L.G.D.J, London, p. 44
- **Turk, Muhammad Abdel-Fattah, (2003),** Maritime Arbitration, New University Publishing House, Alexandria, p. 419.



- **Turk, Muhammad Abdel-Fattah, (2009),** Maritime Arbitration, New University Publishing House, Alexandria.
- **Turk, Muhammad Abdel-Fattah,** op. Cit., P. 343.
- **Turk, Muhammad Abdel-Fattah,** op. Cit., P. 423
- **Turk, Muhammad Abdel-Fattah,** op. Cit., Pp. 414,415.
- **Turk, Muhammad Abdel-Fattah,** previous reference, p. 344, footnote (5).
- **Turk, Muhammad Abdel-Fattah,** previous reference, pp. 415,414.



مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931